

IHS  
POR  
DON IVAN HVRTADO  
de Mendoça, vezino de la ciudad  
de los Reyes.

6<sup>o</sup>

CON  
Doña Francisca de Peñalosa viuda del  
Maese de Campo Rodrigo Campuçano de Sotoma-  
yor, por sí, y como curadora de sus hijos here-  
deros del dicho su marido.

S O B R E

*La tercia parte de ciertas tierras mitad de viñas, escla-  
uos, y pertrechos en el valle de Condor, en que tuvieron  
compañia, y participacion las dichas  
partes.*



ARA inteligencia deste pleyto se hazē en  
el hecho los presupuestos siguientes.

Lo primero, que en don Pedro Gutierrez  
se remataron cierta cantidad de tierras en el  
valle de Condor, por bienes del Licenciado  
Iuan Martinez Rengifo, en precio de quin-  
ze mil y seyscientos pesos, los tres mil pagados de contado,  
y la resta en dos pagas, por mitad, la primera para fin de No-  
viembre de 605, y la segunda para fin de Nouiembre de 606.

A

Lo

Num. i.

Refiere se la compra q̄  
don Pedro Gutierrez  
hizo de ciertas tierras  
en el valle de Códor,  
y la parte que en ellas  
vendio al Maese de  
Campo.

Lo seguao, q el dicho dō Pedro vendio al dicho Maese de Cāpo Rodrigo Cāpuçano en 19. del mes de Febrero año de 605. la tercia parte de las dichas tierras, en precio de cinco mil y dozientos pesos de nueue reales, a pagar mil dellos de contado, y la resta en dos plazos, por mitad fin de Nouiembre de 605. y fin de Nouiembre de 606. Y fue condicion, q las dichas tierras se huuiessen de diuidir por terceros nōbrados por las partes, dādo vna parte al Maese de campo, y dos al dicho don Pedro, y que se valuassen rata por cantidad, por los mismos terceros las dichas tierras, y si la parte del Maese de campo fuese de mayor valor que las de don Pedro, pagasse lo de mās a mās, y si valiesse menos, se le descōtasse del dicho precio, y tanto menos pagasse. Tambien fue condiciō, que huuiessen de dar a Diego de Otazo doze fanegadas de las de las dichas tierras, por lo que fuese justo, o las mas en que se conuiniessen, y otras condiciones y declaraciones, como consta desde folio 585. hasta folio 593.

Y en conformidad desta escritura el dicho don Pedro Gutierrez, y Maese de campo Rodrigo de Campuzano en 23. de Febrero de 605. vendieron al dicho Diego de Otazo diez y seys fanegadas de las dichas tierras, las ocho fanegadas de la tercia parte dellas que tocava al dicho Maese de campo, y las otras ocho fanegadas de las dos tercias partes con que se quedaua el dicho don Pedro Gutierrez por el precio en q fuesen estimadas, y apreciadas por terceros nōbrados: a cuenta de la qual venta el dicho Diego de Otazo pago a los dichos don Pedro Gutierrez, y Maese de campo Rodrigo de Campuzano 117. pesos de a nueue reales, a cada vno quinientos, como consta de la dicha escritura, que esta desde fol. 655. hasta fol. 658.

Lo tercero se supone, que entre el dicho Maese de campo, y el dicho don Iuan se otorgò escritura de compania en 26. de Mayo del mismo año de 605. por ante Tomas de Paredes escriuano, dāndole participacion en las dichas tierras el dicho Maese de campo al dicho don Iuan, el qual se obligò a plantar vna viña de quatro mil cepas, y a pagar lo que tocasse del precio de la compra a los mismos plazos a que estuuiesse obligado el dicho Maese de campo.

Y aduierese, que antes que se otorgara esta escritura, el dicho don Iuan auia dado y pagado al dicho Maese de campo

Rodrigo

Num. 2.

Refiere se la primera escritura de compania que se otorgò entre don Iuan, y el Maese de campo.



## Segunda escritura de compañía.

Refierefe la primera escritura del año de 605. y como dō Iuan se obligò a pagar la compra de la tercia parte de tierras q̄ le daua el Maefse de campo a los plazos que el fufodicho estaua obligado a dō Pedro Gutierrez. Y aduertese, q̄ quando se otorgò la segunda escritura, no estauan cumplidos, ni se cūplia el vltimo en muchos meses despues.

Dizen las causas que les obliga a hazer nueva escritura.

Aduertese como desde su principio se va obligando a lo que pareciere liquido.

Notese que declaran q̄ los negros que se compraron quando la primera escritura, estan por cuenta y riesgo de ambos.

Que celebran compañía reciproca el vno con el otro,

**D**E ZIMOS, Que por quanto entre nosotros tenemos hecha y celebrada compañía en vnas tierras que yo el dicho Rodrigo de Campuçano Sotomayor compre en el valle de Condor de don Pedro Gonçalez de Médoça, en las quales yo el dicho dō Iuan Hurtado me obligue de poner vna viña de hasta quatro mil cepas dentro de cierto tiépo, y afsi mismo de que pagaria a los plazos que el dicho Rodrigo de Campuçano Sotomayor se obligo a pagar el precio de las dichas tierras y esclauos, que anfi mismo cóprò para el beneficio dellas, las quales me entregò, y por ocasiones q̄ se me han ofrecido no he podido acudir a los tiempos y plazos que estaua obligado con la plata que me tocava à pagar: y por auer en la dicha escritura de compañía algunas condiciones en mi perjuizio, el dicho Rodrigo de Campuçano por me hazer bien y merced y buena obra, quiere y estamos de acuerdo de hazer otra nueva escritura de compañía, en que se alarguen los plazos para que yo el dicho dō Iuan de Médoça pueda pagar con mas comodidad la cantidad de pesos que deniere, anfi de la parte que me cupiere de la cantidad de las dichas tierras, como de los esclauos que se han comprado y estan en ellas por cuenta y riesgo de ambos a dos, y poniendolo en efecto, dādo como primero y ante todas cosas damos por ninguna y de ningun valor ni efecto, y rota y cancelada la dicha primera escritura de compañía para q̄ no haga fee, como sino se huuiera otorgado, que passò ante Tomas de Paredes Escriuano Real.

Agora de nuevo, Otorgamos y conocemos por esta presente carta, que hazemos y celebramos compañía el vno con el otro, y el otro con el otro en la forma y manera siguiente.

Que las tierras que yo el dicho Maefse de campo

Ro-

Rodrigo de Campuçano compre en el dicho valle de Condor, que tengo y poseo oy dia de la fecha desta escritura de cõpañia, y me pertenecé cõforme a la escritura q̃ el dicho dõ Pedro Gutierrez me hizo. Traspaso y doy al dicho don Iuan Hurtado de Mendoça la tercia parte de las dichas tierras, pagandome el susodicho la tercia parte del precio que me costaron del dicho don Pedro Gutierrez, como constara por la escritura que dello en mi fauor otorgò, que passo ante el presente escriuano, a que me refiero.

Cede y traspassa el Mae se de campo en don Iuã la tercia parte de las tierras que auia comprado de don Pedro Gutierrez, no de gracia, sino por el precio que del le costaron.

De suerte que hechas tres partes, la q̃ al dicho don Iuan cupiere ha de tener tãta parte de buenas tierras como cada vna de las dichas dos partes que para mi el dicho Mae se de campo han de quedar. Y asì mismo de las que no fueren tales, para lo qual hemos de nombrar terceros que las vean, y partan, dando a cada vno su parte, de suerte que no aya agrauio.

Notese la calidad con q̃ se le dio la tercia parte de tierras, y como no auendose cumplido, no es posible saberse el precio liquido que montan.

Y por quanto yo el dicho don Iuan de Mendoça en conformidad de la compaña que teniamos hecha, y puesto y plantado en las dichas tierras en los meses de Agosto y Setiembre y Octubre del año passado de 605. hasta diez y siete mil plãtas de viña: Y porque como dicho es, de nuevo tornamos a celebrar la dicha compaña, con las condiciones que yran declaradas, yo el dicho don Iuan Hurtado me obligo, que dentro de quatro años que corren y se cuentan desde 26. dias del mes de Mayo del año passado de 1605. me obligo de plantar y que tendre plãtadas en las dichas tierras treinta y seis mil plantas de viña, en las cuales entran y han de entrar y se incluyen las diez y siete mil que hasta el dia de oy tengo plantadas.

Dize que de nuevo buelen a celebrar la dicha compaña.

Hazen buenas a dõ Iuã en esta segunda escritura las 178. plantas de viña que antes tenia plantadas.

Y sino fueren bastantes para el seruicio de la dicha viña y posturas de las dichas treinta y siete mil plantas que tengo de poner durante el dicho tiempo onze negros y vna negra que el dicho Mae se de campo Rodrigo de campuçano me ha dado y entregado para el

seruicio y labor de la dicha hazienda, de que si necesario es me otorgo por contento, porque estan en la dicha hazienda sobre que renuncio, &c.

Condicion expresa de q̄ lo que fuere menester para la planta de la dicha viña quede a eleccio de don Iuã, y que todos los gastos han de ser por cuenta de ambos.

Y si los dichos no fueren bastantes para poner las dichas plantas, siẽdo necesario para lo susodicho meter gente y alquilar Indios, por no ser suficientes los dichos esclauos, los tẽgo de poder alquilar a costa de entrambos, y he de alquilar y coger vn mayordomo que asista a la dicha planta y labor todo el tiempo q̄ durare esta compaõia, el qual tengo de afalar en el tiempo y salario que me pareciere, y despedirle con causa y sin ella, y coger otro o otros todas las vezes y quando me pareciere a costa de entrambos, como dicho es.

Notese, q̄ todos los terminos y plaços corren desde el dia de la fecha de la primera escritura.

La qual dicha compaõia hazemos y celebramos por tiempo y espacio de seys años, que comiençan a correr y contar se desde el dicho dia veinte y seys de Mayo del año passado de mil y seysçientos y cinco, durante los quales yo el dicho don Iuan de Mendoza tengo de asistir personalmente al roçar y limpiar las tierras, y hazer poner la planta, y despues de puesta y plantada hazer crescer, y clauar, y enmaderar, y las demas cosas necessarias para el aumento y conseruacion de la dicha viña y majuelo, sin que en mi aya remision alguna.

Obligase de tener libro con cuenta y razõ de todo los gastos, y que las partes han de passar por el, y q̄ cada año se hã de hazer cuentas, y que el que deuiere al otro, ha de pagar de contado.

*Y me obligo a tener cuenta y razõ de todo lo que se gastare, assi en herramientas y adereços dellas, y jornales de Indios, y comida dellos, y de los negros, salarios de mayordomos, y todas las demas que huuiere, y con la dicha cuenta y razõ del dicho mi libro, y juramento en que desde luego a de quedar y queda diferido, he de ser creydo en la cuenta que diere de lo susodicho, la qual me obligo de dar al dicho Maesse de campo, o a quien su causa huuiere, en fin de cada vn año, durante el tiempo desta compaõia: y los dichos gastos que en razõ dello se causaren, y hizieren, han de ser por mitad entre mi, y el dicho Maesse de campo,*

campo, tanto el uno como el otro: y hecha la cuenta en cada un año, luego que se aya acabado de pagar, el que fuere alcanzado ha de pagar la cantidad de pesos sobre que fuere el dicho alcance, al otro.

Demás de lo qual yo el dicho don Iuan Hurtado de Mendoza me obligo de hazer y que hare en las dichas tierras, y que al fin de los dichos seys años desta compañia quedara hecha casa, y bodegas, y huertas conuenientes para la dicha hazienda que entre entrambos auemos de partir, como adelante yra declarado.

Que todo lo que edifi-  
ca re en las tierras se ha de  
partir por mitad.

Y cumplidos los dichos seys años desta compañia alcabo dellos auemos de partir y diuidir la dicha viña, y tierras, negros, casa, y huerta, y bodegas, lleuando de todo ello yo el dicho don Iuan Hurtado de Mendoza la mitad, y la otra mitad yo el dicho Maesse de campo Rodrigo de Campuçano, saluo que de las dichas tierras yo el dicho don Iuan Hurtado he de auer y lleuar la tercia parte, como va dicho, la qual se tiene de partir y hazer dos partes de la dicha viña que ansi plantare, y tierras, y casa, y huerta, y bodega: y hecho esto yo el dicho Rodrigo de Campuçano, y quié mi poder y causa huuiere he de entrar, tomar, y escoger la parte que me pareciere, assi de viñas, como de tierras, y casa, huerta, y bodega, y lo que yo assi escogiere ha de quedar para mi, y para mis herederos, y la otra mitad q restare ha de ser para mi el dicho don Iuan Hurtado de Mendoza, y quien mi casa ouiere. Y la misma orden auemos de tener y guardar en el partir los negros, y demas esclauos que ouiere en la dicha hazienda al fin de su fenecimiento, y los que murieren durante ella, ha de ser por cuenta de ambos.

Condicion expresa como se han de diuidir, y partir entre ambos la viña, tierras, esclauos, y todo lo demas plantado, y edificado.

Y es declaracion, que las sementeras que yo el dicho don Iuan Hurtado hiziere en las tierras desta compañia, y de otras qualesquier durante el tiempo de los dichos

Declaran como se han de diuidir los frutos de las dichas tierras, si fueren sembradas por el dicho don Iuan.

dichos seis años, así de trigo, maíz, y garbanços, ha de ser y se ha de entender por mitad de ambos, entre mi, y el dicho Maesse de campo, y en lo que se cogiere en las dichas sementeras y gastos que en ellas huviere, y a como se vende, gasta, y distribuye en la cuenta que dello diere he de ser creydo con la que tuviere en mi libro, y juramento simple, en que desde luego queda diferido.

Da la razón, porq̄ se otorga la segunda escritura, diziendo se alargan los plazos de los que están puestos en la primera, y confiesa pertenecer todo al Maesse de campo.

Y por quanto conforme a la compañía primera q̄ entre nosotros teniamos hecha y celebrada, yo el dicho don Iuan Hurtado de Mendoza tenia obligación de auer pagado lo que mōra el valor de tierras que el dicho Maesse de campo Rodrigo campuçano Sotomayor me da y traspassa: y asimismo la mitad del valor de los negros q̄ como dicho es me ha dado y entregado para el beneficio de la dicha heredad, por algunas causas no he podido acudir a esta. Y todas las dichas tierras y esclauos, son y pertenecē al dicho Maesse de campo Rodrigo de Capuçano Sotomayor, el qual por me hazer bien y merced y buena obra tiene por bien. Y yo el dicho Maesse de campo lo consiento de acrecentar como se acrecientan los plazos desta dicha paga, en esta manera: Que desde la fecha desta escritura en tres años cūplidos primeros siguiētes.

Las calidades, y condiciones con que se obligo don Iuan para pagar, donde puso la pena del comiso.

Ponese en consideració donde consta en el pleyto esten cumplidas para que aya llegado el caso.

*To el dicho don Iuan Hurtado de Mendoza me obligo de dar y pagar y q̄ pagare al dicho Maesse de Campo Rodrigo de Capuçano, o a quien su causa ouiere la cantidad de pesos q̄ me cupieren a pagar, así de la tercia parte de las tierras, como de la mitad de los negros, y la mitad de los gastos que se huieren hecho hasta el dicho tiempo. Y no lo cumpliendo así, y no auiendo pagado lo que así deuiere como dicho es, es mi voluntad y quiero que el dicho Maesse de campo Rodrigo de Campuçano quede con las dichas tierras, y con todo lo plantado, y mejorado y edificado enteramente, y sea suyo, y de sus herederos y successores, pagandome*

5

*dome a mi el dicho don Iuan Hurtado toda la caridadde  
pesos que buuiere gastado en la dicha hazienda y benefi-  
cio della.*

Y es declaració, que cada y quando y en qualquier tiempo que nos, o qualquier de nos, o nuestrs herederos y sucesores quisiere mos vender y disponer de la parte que nos perteneciere, así de la dicha viña, como en las tierras, nos obligamos de manifestar el verdadero precio al otro, para ver si las quisiere por el tanto, y queriendolas, demos consentimiento para la tal venta, y véta o traspasso, o enagenacion q̄ en otra manera se hiziere, sea en si ninguna y de ningun valor y efeto, y no passe el derecho al comprador: con las quales dichas condiciones y declaraciones, y cada vna dellas hazemos y celebramos la dicha compañía por el orden y forma q̄ segun dicho es, y cada vno de nos por lo que nos toca, nos obligamos de lo guardar y cúplir en todo, y por todo aora y en todo tiempo, y de no yr nivenir contra ella en manera alguna, y si contra ella fuere mos, o viniere mos, no seamos oydos en manera alguna.

De mas de lo qual yo el dicho don Iuan Hurtado de Mendoça me obligo de plantar, y que plantare quatro mil cepas en la tierra que pareciere mas comoda para este efeto, de las dos partes que quedan para el dicho Maesse de campo, las quales han de ser para doña Marquesa Carrillo de Mendoça, hija del dicho Maesse de campo Rodrigo de Cápuzano, y lo que yo el dicho don Iuan he de poner, ha de ser la solitud y cuydado que en el poner las demas cepas desta compañía queda a mi cargo, y estoy obligado, y las costas, y gastos que ha de auer en plantar las dichas quatro mil cepas, las ha de pagar el dicho Maesse de Campo Rodrigo de Campuzano, y ambos a dos por lo que nos toca, obligamos nuestras personas y bienes, &c.

Clausula por donde se manifiesta el directo dominio que cada vna de las dos partes tenian, a las tierras que les tocaban.

Obligose don Iuan a plantar quatro mil cepas para su hija del Maesse de campo, y aunque las planto, auiendo de ser a costa del Maesse de campo, muestren como esta satisfecho, y como quieren sin pagar, ni desembolsar dineros, lo q̄ no es suyo, ni lo puede ser.

26. de Mayo de 605.

Esta compañía se celebrò por seis años, que se auian de contar desde 26. de Mayo de 605. los quales passados fue cõdicion que auian de partir entre si por mitad la viña y esclauos y de las tierras auia de llevar vna tercia parte el dicho don Iuan, y las dos restantes el dicho Maesse de campo. El dicho don Iuan se obligò de afsistir personalmente durante el tiempo de la dicha compañía al rozar y limpiar las tierras, y poner la planta, y hazerla crespar, cabar, y enmaderar, y demas cosas necessarias para su aumento, y conseruacion, sin remision alguna, y a que tendra libro, por el qual, y su juramento ha de ser creydo, que se ha de hazer cuenta al fin de cada año de los gastos q̄ se huieren hecho, los quales han de ser de por mitad, y el q̄ deuiere ha de pagar al otro, y al fin de los seis años ha de dexar el dicho don Iuan hecha casa, bodegas, y huertas: y entre las otras condiciones contenidas en la dicha escritura ay vna que da motiuo a este pleyto, que dize asì.

Num. 4.

Ponese a la letra la cõdiciõ del comifso, en que se funda este pleyto.

*Y por quanto conforme a la compañía primèra que entre nosotros teniamos hecha y celebrada, yo el dicho don Iuan Hurtado de Mendoza tenia obligacion de auer pagado lo que monta el valor de tierras que el dicho Maesse de campo Rodrigo de Campuçano Sotomayor me da y traspassa, y asì mismo la mitad del valor de los negros, que como dicho es, me ha dado y entregado para el beneficio de la dicha heredad, por algunas causas no he podido acudir a esto, y todas las dichas tierras y esclauos son y pertenecen al dicho Maesse de campo Rodrigo de Campuçano Sotomayor, el qual por me hazer bien y merced y buena obra tiene por bien, y yo el dicho Maesse de campo lo consiento, de acrecentar, como se acrecientan los plazos de sta dicha pagã en esta manera, que desde la fecha de sta escritura en tres años cumplidos primeros siguientes yo el dicho don Iuan Hurtado de Mendoza me obligo de dar, y pagar, y que pagarè al dicho Maesse de Campo Rodrigo de Campuçano, o a quien su causa ouiere, la cantidad de pesos que me cupieren a pagar, asì de la tercia parte de las tierras, como de la mitad de los negros, y la mitad de los gastos que se huieren hecho hasta el dicho tiempo, y no lo cumpliendo asì, y no auiendo pagado lo que asì deuiere, como dicho es. Es mi voluntad, y quiero, que el dicho Maesse de Campo Rodrigo de Campuçano que de cõ las dichas tierras, y con todo lo plantado mejorado y edificado enteramente, y sea suyo, y de sus herederos y sucessores, pagandome a mi el dicho don Iuan Hurtado toda la cantidad de pesos que huiere gastado en*

la dicha hazienda, y beneficio della. Y se adierte, que en esta escritura no se declara, que cantidad era, la que auia de pagar el dicho don Iuan por las dichas tierras, ni esclauos, ni quanto le auia costado al dicho Maesse de cãpo lo vno, ni lo otro, antes expressamente se declara, que lo que se obliga a pagar es lo que pareciere, y montare, ansi de tierras, esclauos, y mitad de gastos, y no vno sin lo otro: punto en que consiste defazer todos los presupuestos sofisticos de la parte contraria.

Lo quarto se presupone, que muerto el dicho Maesse de campo la dicha doña Francisca de Peñalosa por escritura de doze de Deziembre del dicho año de seyscientos y seys, q̄ fue siete meses despues poco mas, aprouò, y ratificò la dicha escritura de compañía, la qual durò, y se còtinuò entre las dichas partes de conformidad, y sin reclamacion de ninguna dellas, no solo durantes los dichos seys años, sino despues, hasta que en treynta de Agosto del año passado de seyscientos y catorze la dicha doña Francisca può demanda, valiendose de las diligencias, que en confiança auia hecho juntamente con el dicho dõ Iuã, para librarle de la execuciõ delos Indios de La tacũga, pretendiendo q̄ no auia cùplido cõ pagar lo q̄ era a su cãrgo de la dicha tercia parte del valor de las tierras, mitad de esclauos, y otros gastos, y q̄ por esta causa auia incurrido en mora, y la dicha hazienda caido en comisso, y que se auia de declarar ansi, y en cõsequencia pertenecer toda la dicha hazienda enteramente a la dicha doña Frãcisca, y sus menores.

Por parte de don Iuan se alegaron diuersas excepciones, para ser dado por libre desta demanda, de las quales no se haze aqui relacion: porque se ha de tratar en particular de cada vna en el discurso deste papel. Sobre lo qual auiendo se recibido la causa a prueua, y sustanciadose, dio la Audiencia sentencia de vista, declarando pertenecer a la dicha doña Francisca y sus hijos la propiedad y señorio de la dicha viña, tierras, esclauos, y pertrechos, y lo plantado y edificado en ellas, y referuaron su derecho a saluo a las partes, para que en razon de los gastos hechos en la dicha hazienda, pidan, y sigan su justicia, ante quien, y como les conuenga.

Esta sentencia interpuso suplicacion el dicho don Iuan, y auiendo hecho en aquella instancia nuevas prouanças, y otros pedimientos, salio sentencia de reuista, en que se reuocò la de vista, y se mandò que las partes se juntaassen a cuen-

tas,

Num.5.

Adulertese, que en esta escritura no se declara la cantidad que le tocava a pagar a dõ Iuan.

Num.6.

Doña Francisca de Peñalosa muerto su marido, otorgò escritura de ratificaciõ de la dicha compañía, la qual durò hasta el año de 614.

Num.7.

Demanda de doña Francisca contra el dicho don Iuan.

Num.8.

Refierese la respuesta de don Iuan, y sentencia que en vista dio la Audiencia.

Num.9.

Sentencia que dio la Audiencia en grado de reuista, auiedose suplicado por dõ Iuã de la sentencia de vista.

tas, y fechas pidieffen lo que les conuinieffe, y despues por otro auto declarò la Audiencia, que la dicha sentencia de reuista reuocatoria de la de vista auia excluydo el comisso, y derecho del, y que las cuentas que por la dicha sentencia se mandauan hazer, fuesfen de todo el tiempo de la administracion del dicho don Iuan de Mendoça.

Num. 10.

Refierefe vn auto, que la Audiencia dio en declaracion de la sentencia de reuista.

Num. 11.

Doña Francisca interpuso segunda suplicacion, y don Iuan contradixo el grado, y sin embargo se declarò auer lugar.

Vltimaméte se supone, que dela dicha senténcia de reuista, y del auto dado en su declaracion se suplicò segunda vez para ante la persona Real por parte de la dicha doña Francisca, y de los dichos sus hijos.

Don Iuan de Mendoça pretendio, que no auia grado, representando para ello diuersos fundamentos, y el Consejo declarò, sin embargo auer lugar el dicho grado, con lo qual se ha visto este pleyto en lo principal. La dicha doña Francisca pretende, se reuocque la sentencia de reuista, y don Iuan que se confirme, para lo qual reprefenra por fundaméto las excepciones siguientes.

### Primera excepcion.

*Que la condicion del comisso, en que este pleyto se funda, y la relacion que en ella se haze, de que don Iuan no auia cumplido de su parte, fueron simuladas, y puestas en confiança.*

**C**onclusion cierta es de derecho, que no vale el contrato, ò acto simulado, l. 1. & per totum C. plus ualere quod agitur, quàm quod simulatè concipitur, vbi Doctores Aluar. Valasc. consultatione 154. num. 30. cum seqq. lib. 2. latè Farinac. de falsitate & simulatione, quæstione 162. part. 1. nu. 7. cum seqq. Y ansi solo es necesario probar, que la dicha cõdicion, y la cõfesion que en ella se haze, fueron puestas en confiança. Para lo qual præmittendum est, quòd cum simulatio sit sui natura difficilis probationis, ad eam conuincendam sufficiunt coniecturæ & præsumptiones, Bald. conf. 311. lib. 5. Paul. conf. 58. nu. 5. lib. 2. Corneus conf. 242. num. 9. lib. 3. Alex. conf. 197. num. 7. lib. 7. latè Francis. Becius conf. 52. num. 44. Valasc. d. consultatione 154. nu. 16. cum sequentib. & duas coniecturas sufficere probat Baldus conf. 389. num. 2. lib. 4. latè Roland. conf. 40. nu. 21. cum seqq. lib. 2. & hanc opinionem esse communem & receptissimam, & in

Num. 24.

Simulatio est difficilis probationis, & ideò ad eam conuincendam sufficiunt inditia, & præsumptiones.

& in practica obseruari testatur Grammatic. decis. 76. nu. 30.  
copiosè Franc. Becius d. conf. 52. num. 47. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 247.

Quo supposito, en el caso presente concurren no solo indicios y presunciones de la dicha simulacion, sino tambien euidencia notoria, quod conuincitur ex seqq.

Lo primero, aduirtiendo que en el tiempo que se celebrò esta segunda escritura de compania, esperaua el dicho don Iuan vna gran condenacion en el pleyto con los Indios del Atacunga, y zelando que le auian de executar en esta hazienda, y tomarfela, haziendo confiança del dicho Maesse de campo, como deudo y amigo, se quiso cautelar con la dicha condicion, para que el dicho Maesse de campo se pudiese oponer como tercero. y embaraçar la via executica, y con esto dar motiuo, para que la paga de los dichos Indios se acomodasse a plaços conuenientes al dicho don Iuan: y el darse, como se da causa de la simulacion, es circunstancia muy importante para la prueua della, vt pluribus congestis probat Valasc. d. consultatione 154. num. 29.

Lo segundo, porque el dicho don Iuan era sobrino, compañero y amigo del dicho Maesse de campo: inter coniunctos autem præsimitur facilius simulatio, l. data, C. de donationibus, Mascard. conclus. 446. num. 8. Mantica de tacit. & ambig. conuention. lib. 13. tit. 3. nu. 13. Farinac. conf. 40. nu. 11.

Lo tercero, porque este intento, y disinio que lleuó las partes, se prueua por el efeto, porque auiendo sido executado el dicho don Iuan por el alcance de la administracion de los dichos Indios, se opuso como tercera la dicha doña Francisca de Peñalosa, y para ello dio poder a Iuan Lorenzo de Zela Procurador, el qual lo era tambien del dicho don Iuan, y tuuo por su Abogado la dicha doña Francisca al Licenciado Maldonado, que también defendia en el mismo pleyto al dicho don Iuan, como lo adierte el Relator en su memorial. fo. 47. buelt. cum sequenti. Y no es verisimil, que si saliera al pleyto por su propio interes, que auia de valerse del mismo Procurador y Letrado de don Iuan: y así se ve, que la oposicion fue diligencia hecha para efeto solo de defender al dicho don Iuan. Y con el mismo intento, siendo, como es hecho tan asfentado, y reconocido por la parte contraria, que el negro llamado Francisco Angola era propio de don Iuan: en la dicha

Num. 15.

Refiere en prueua de la simulacion la causa que obligò a los contrayentes, a poner el dicho pacto.

Num. 16.

Simulatio præsimitur inter coniunctas personas.

Num. 17.

Prueuase la simulacion, por la oposicion que doña Francisca hizo, como tercera al pleyto executiuo, que los Indios seguian contra don Iuan.

D

oposi-

oposición le defendió doña Francisca, alegando que era suyo.

Y lo que mas es, verificarse de las mismas palabras de la escritura, no ser cierta la relacion que en ella se haze, pues dando a entender que don Iuan no tenia el dia de su otorgamiento parte ninguna en las dichas tierras, y que todo era del Maese de Campo, luego consecutiamente le haze bueno al dicho don Iuan para en cumplimiento de la escritura, que estauan otorgando, las diez y siete mil plantas de viña, que tenia puestas el dicho don Iuan, que conforme está pro- uado, valian mas de dos mil ducados.

Num. 18.

Póderase para en prue- ua de la simulación, que aunq se cumpliero los tres años, no intentó doña Francisca el comi- so, antes continuo la compañía por otros cinco años mas.

Lo quarto se conuenice la dicha simulacion, porque, aun- que se cumplieron los tres años de la dicha condicion en 2. de Mayo de 609. no uso della la dicha doña Francisca, ni in- tento el comisso hasta treynta de Agosto de 614. antes con- tinuo la compañía haziendo diuersos actos en obseruancia della. Y el no auer usado del dicho pacto, induze violentif- sima presuncion de que fue simulado, notat Bart. & DD. in l. post contractum, ff. de donationib. exornat late Farinac. de falsitate, & simulatione, dicta quæst. 162. part. 5. Mayormen- te que no fue virtud, ni descuydo, sino saber la dicha doña Francisca que el dicho don Iuan al tiempo que se cumplie- ron los dichos tres años auia pagado lo que podia deuer, con- forme a la clausula de la escritura, y antes se temia que le al- cançaua, como adelante se ponderara, y verificara esto.

Num. 19.

No es verisimil q don Iuan viniera en que se pusiera semejante pacto en la dicha escritu- ra, sino es siendo en cõ fiança.

Lo quinto, porque no es verisimil, que estando hecha la primera escritura de compañía de 26. de Mayo de 605. lla- namente, y sin condicion de comisso auia el dicho don Iuan de consentir en semejante grauamen, y aditamento, sino se huuiera puesto con el dicho finio en fiança, cum nemo præsumatur iactare iura sua, l. cum de debito, ff. de proba- tionibus.

Num. 20.

Conuenese q toda la relacion q se haze en el pacto del comi- so para dar color a el, es cõtra el hecho ver- dadero, porque don Iuan tenia pagado mas de lo que le tocava.

Lo sexto, porque la simulacion de lo que contiene la di- cha condicion, no solo se conuenice por conjeturas, pero es euidente que todo lo que en ella se refiere repugna al hecho verdadero de lo que efectiuamete passò entre las dichas par- tes Nam in primis, se dize en la dicha condicion, que al tiẽ- po desta segunda escritura de 6. de Mayo de 606. tenia obli- gacion el dicho don Iuan a auer pagado lo que monta el va- lor de las tierras, y esclauos que el Maese de Campo le tra- fassò, lo qual no es cierto, porque aunque el vn plazo de la  
paga

paga de la mitad del precio de las tierras, que se cumplio en fin de Nouiembre de 605. era llegado, pero el otro no se cumplia hasta fin de Nouiembre del mismo año de 606. y asi faltauan siete meses, vt retulimus, en los presupuestos del hecho, num. 1. y en la dicha condicion se afirma que los plazos eran ya passados, quod non est verum. Præterea, en la dicha condicion se dize, que por no auer pagado el dicho don Iuan como era obligado, pertenecieron al dicho Maesse de campo las dichas tierras, y esclauos, quod etiam veritati repugnat, porque (quando fuera verdad q̄ don Iuan no huuiera hecho la dicha paga, quod omnino negamus) no por esso auia perdido el dominio de la dicha heredad, ni transferido se en el dicho Maesse de Campo, el qual solo podia tener derecho para compeler a don Iuan a la paga, pero no para que se le boluiesse la heredad, l. ea conditione, C. de rescind. vendit. ibi: *Venditor a se celebrata solutione quanti interest experiri potest non ex eo quod emptor non satis conuentioni facit contractus irritus constituitur, vbi notatur.*

Rursus, la causa final, y impulsiva que se expressò por las partes para poner la nueua condicion del comiso, fue dezir que don Iuan no auia cumplido, ni pagado lo que le tocava, quod est omnino falsum, porque la verdad es, que al tiempo que se otorgò la dicha segunda escritura de compañía el dicho don Iuan tenia pagado, y entregado al Maesse de campo, como atras queda anotado, aun mas de lo que le tocava pagar, quod conuincitur. Lo vno, por el testamento del dicho Maesse de campo hecho en 27. de Abril de 605. antes de la primera escritura de compañía, en que confiesa que el dicho don Iuan le tenia pagados por cuenta de las tierras, y esclauos 1600. patacones que le libro en Gabriel Romero, y por las cuentas hechas entre las mismas partes de conformidad que estan firmadas por ambos en el libro de la compañía fol. 22. su fecha en 6. de Mayo de 606. quatro dias despues de la dicha segunda escritura consta, que el dicho don Iuan hasta entònces tenia pagados 311703. pesos, y vn real, demas de lo qual en plantar las 1711. cepas que estauan plantadas al tiempo del otorgamiento de la següda escritura, tiene aueriguado el dicho don Iuan que gastò 211400. pesos, como lo concluyen muchos testigos a la segunda pregunta de la instancia de vista, sin que aya prouança alguna de lo con-

tra-

Num. 27.

Quando don Iuan no huuiera pagado, solo auia derecho para compelerle a la paga, pero no para resolver el cõtracto.

Num. 22.

Refierese la compra uacion que ay de lo q̄ que don Iuan tenia pagado.

trario, ex quibus liquido constat, que al tiempo que se puso la dicha condicion del comisso en que se dio por causa que don Iuan no auia pagado lo que le tocava, la verdad era, que tenia puestos, y dessembolsados 611103. pesos, que es sin duda mucho mayor suma de la que en todo acontecimiento le podia tocar a pagar por la tercia parte de tierras, y mitad de esclauos hasta aquel dia, lo qual se prueua porque en la liquidacion que despues se hizo por mandado de la Audiencia, en execucion de la sentencia de reuista, se ajusto montar lo que a don Iuan tocava pagar de las dichas tierras, y esclauos 411622. pesos, siere reales y medio, y aunque por aora se confirmò esta liquidacion por autos de la Audiencia, pero la verdad es, que conforme a las escrituras presentadas por la dicha doña Francisca, solo montaua lo que tocava al dicho don Iuan por la dicha su tercia parte de tierras, y mitad de esclauos 311806. pesos, cinco reales y quartillo, como se adierte en la misma liquidacion hecha por mandado de la Audiencia, fol. 815. y 816.

Num. 23.

Satisfazese a vna carta de pago otorgada el mismo dia de la segunda escritura de compañía, y muestre que por ella se conuenice mucho mas la dicha simulacion.

Nec quidquam obstat, vna carta de pago que el mismo dia de la fecha de la segunda escritura de compañía se otorgò entre las mismas partes, en la qual hazen relacion de que el dicho don Iuan auia puesto en poder del dicho Maese de Campo 211150 pesos, los 111600. pagados por Gabriel Romero, y 550. que le dio Pedro Rodriguez Maestre, los quales dice le paga a don Iuan en esta manera, 1956. en cierta memoria de mercaderias de Castilla, y 515. en vna deuda que en nombre de don Iuan refiere auer pagado a Alonso Hurtado Navarro.

Respondetur enim, que esta carta de pago descubre verda deraamente mucho mas la simulacion, porque hallandose embaraçados con que no se podia ocultar, que el Maese de campo auia cobrado las dichas partidas por cuenta desta participacion, por auer. interuenido en la paga terceras personas, con lo qual se auia de descubrir la confaça, buscaron esta traça de querer aplicar este dinero a diuersos efectos, ex quo maiorem fraudem, ex cogitasse videntur, lita fidei 40. ff. de iure fisci, cum vulgatis, y el auerse hecho ambos instrumentos en vn dia descubre mas la correspondiuidad, y simulacion dellos, Corneus alios referens cons. 303. num. 14. lib. 3. Craueta, cons. 153. num. 8. lib. 1. exornat Cardinal. Tusch. tomo 2. pra-

2. practicar. litera C. conclus. 11043. & sequenti, Tiraquel. de retractu. Linagier, §. 1. glos. 18. nu. 70. Menoch. conf. 109. num. 9. Mayormente estando confesado por el dicho Maesse de campo en la clausula del testamēto con que murio, que el dinero recibido del dicho don Iuan como queda anotado fue para pagar lo que le tocava de contado de la tercia parte de tierras, y mitad de esclauos.

Præterea, no consta que deuiesse don Iuan lo que en la dicha carta de pago se refiere, ni de tal se muestran recaudos, y la relación de la carta de pago correspondio al intento de hazer la dicha simulacion que lleuaron las partes, y quando cõtra el acto principal ay presunciones de simulacion, tambien se presume simulada la relacion hecha por las partes, y todos los pactos, y clausulas, vt pluribus congestis, resoluit Farin: de falsitate, & simulatione, quæst. 162. part. 1. num. 32. con lo qual concurre otra presuncion muy violenta que se colige desta misma carta de pago, en la qual para poder aplicar a otros efectos lo que don Iuan auia dado por cuenta de la cõpañia, suponen vna cosa totalmente falsa, que es dezir q̄ don Iuan auia puesto el dicho dinero en poder del dicho Maesse de campo, siendo la verdad que se lo auia pagado por cuenta de la dicha participacion, y cõpañia, como parece por la dicha clausula del testamento del dicho Maesse de campo.

Y quando sin perjuzio de la verdad se cõcediera que huieffe sido cierto, que don Iuan deuia al Maesse de campo las dos partidas referidas en esta carta de pago, no por esso se podía dezir, que don Iuan al tiempo del otorgamiento de la dicha segunda escriptura no auia pagado lo que le tocava, porque lo cierto es, que aunque se defalcassen las dichas partidas, adhuc, quedaua cantidad bastãte para lo que le tocava a pagar de los plazos cumplidos, vt constat ex proxime dictis, y todo esto se oculta en la dicha carta de pago, pũes antes se afirma en ella que don Iuan era alcanzado.

Vltimamente se aña de, que supuesto que las cantidades que don Iuan pago al Maesse de campo, fueron por cuenta desta participacion y cõpañia, y con la paga se extinguio la deuda en la concurrente cantidad, no pudieron despues en la dicha carta de pago aplicar a otra deuda diferente las dichas sumas, nam licet a principio se puede aplicar la paga a

Num. 24.

Las pagas hechas por cuenta de la compra de tierras, y esclauos no se pudieron ex post facto aplicar a otra deuda diuersa.

E

vna deudá, o a otra por voluntad de las partes, l. i. cum alijs, ff. de solutionib. tamen extinguida vna obligacion con la paga, aunque se puede formar otra de nueuo, pero aquella q̄ se extinguió, no se puede suscitar, l. qui res 98. §. aream, ff. de solutionib. ibi: *In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest*, vbi glo. verb. in perpetuum princ. insti. quib. mod. tollitur obligatio, y ansi no pudieron hazer las partes q̄ la deuda de la compañía, y participación que estaua extinguida, iterum reuiuisceret.

Num. 25.

Oposicion cōtraria, q̄ no se ha de dar credito al libro de dō Iuan,

Replicose lo primero el dia de la vista por el Letrado cōtrario, que el resumen contenido en el libro de la cōpañía de que nos valemos para prouar las cantidades que don Iuan tenia desembolsadas, No es cierto, ni está en forma prouante.

Sed respondetur. Lo primero, que fue pacto entre las partes, vt supra retulimus num. 3. que se huuiesse de estar al dicho libro.

Secundo respondetur, que estando como está el dicho resumen firmado del Maesse de campo, no puede tener duda, y mucho mas auiendo consecutiuaente en la misma hojā otras partidas, y buuelto a firmarlas.

Num. 26.

Referense diuersas cōprouaciones de lo cōtenido en el libro de don Iuan.

Tertio respondetur, que demas de la cuenta del libro, ay la confesion del Maesse de campo hecha en su testamento, y la prouança de testigos hecha por don Iuan.

Quarto respondetur, que de la fe y legalidad del libro no se puede dudar, porque demas de ser libro de la compañía, q̄ bástaua, ex congestis per Scobar de ratiocinijs, cap. 12. per totum, el resumen en que nos fundamos está firmado del dicho Maesse de campo, demas de lo qual está cōprouado con la declaracion de Celedon de Camos, el qual reconoce ser de su letra y mano la dicha cuenta y resumen, y en otras cuentas que en continuacion de las referidas hizieron don Iuan y doña Francisca, reconocio la susodicha el dicho resumen por cierto, como lo declara Luys de Morales Figueroa que hizo las segundas cuentas.

Num. 27.

Oponese por doña Francisca, q̄ la dicha simulacion fue dolosa, y fraudulenta, en perjuizio de los dichos Indios, y q̄ don Iuan no puede alegar propria turpitudinem.

Replicose lo segundo por el Letrado contrario, que la simulacion que don Iuan alega, fue dolosa y en fraude de los dichos Indios del Atacunga, y que en esta excepcion, prædictus dominus Ioannes allegat propriam turpitudinem, ac propterea audiri nõ debet, l. cum profitearis, C. de reuocand. donat. cum vulgaris.

Sed

Sed respondetur. Lo primero, que en los casos in quibus vtriusque partis turpitudine versatur, licet agendo non possit quis turpitudinem suam allegare, excipiendo tamen, vt in nostra specie bene potest, l. si ob turpem causam 8. ff. de condit. ob turp. causam. l. 2. C. eod. titul. in specie obseruat post alios Riminald. l. un. conf. 62. num. 27. lib. 1. & num. 28. post plures quos refert, obseruat id maxime procedere, quãdo ille qui allegat simulationem, agit de damno vitando, & aduersarius de lucro captando, vt in nostra specie.

Secundo responderetur, que en este pleyto no solo litiga don Iuan de Mendoza, sino tambien el señor Fiscal por el derecho y interes de los dichos Indios del Atacunga, y ansi quando respeto de don Iuan no pudiera proceder esta alegacion, se ha de sustentare por el derecho de los dichos Indios, que son terceros interesados, a quien no pudo perjudicar el hecho de su deudor, ex toto titulo, ff. quæ in fraud. credit.

Tertio respondetur, que la mas cierta resolucion es, que la persona que hizo el contrato ò acto simulado, puede oponer de la simulacion, tunc enim magis allegat defectum consensus, quam fraudem, vt post Barc. Bald. Paul. Decium, & alios, quos refert, resoluit Riminald. l. un. d. conf. 62. num. 22. cum seqq. maxime num. 23. & sequenti, ibi: *Sed & longe pulchrius hoc declarat Castr. in l. contra legem, ff. de legib. Vbi dicit: quod ideo quis auditur allegans simulationem, quia non se fundat in turpitudine, sed in eo quod non consensit, atque idem latius ponit ipse Castr. conf. 82. v. s. his quæ superius in antiquis, dicit enim, quod est dare casum, quod contractus fuerit factus in fraudem, & quod etiam fuerit & sic fictus & simulatus, vt quia inquisiti volentes fraudare fiscum simularunt facere, quod reuera non fecerunt & apparenter fecerunt, & non existentes, vnde admittuntur ad allegandam simulationem, etiam per viam agendi, & ad petendum se declarari non teneri, & a dicto instramento se absolui, & possunt allegare, quod contractus fuerit factus in fraudem fisci deducendo istud per modum cause hoc modo, videlicet, quod ideo est simulatus, quia non fuit factus ex eo, quod partes ita egerint reuera, sed quod ita fuerit, scilicet, quia voluerunt fraudare fiscum, & per hoc nõ obstat, l. cum profitearis, C. de reuocan. donat. vbi non auditur quis allegans turpitudinem suam, quia ibi sola fraus allegabatur, non autem simulatio, vel nullitas contractus hic vero allegabatur simulatio, vel nullitas, & hoc secundum permissum trahit ad se aliud prohibitum,*

Num. 28.  
La regla de qua in obiectione, fallit, quando la alegacion se haze por excepcion, como en nuestro caso.

Num. 29.  
En este pleyto, no solo litiga don Iuan, sino tambien el señor Fiscal por el derecho de los Indios del Atacunga.

Num. 30.  
Fundase, que la mas cierta resolucion, es, que la persona que hizo el contrato simulado, puede alegar la simulacion.

ita Castr. notabiliter ibi, quem sequitur Socin. conf. 264. col. 4. vol. 2. latissimè Farinac. de falsitate & simulatione, quæst. 162. par. 1. num. 47. cum seqq.

Num. 31.  
Refertur verus intellectus cum profitearis, C. de donation.

Quartò respondetur, quòd textus in d. l. proponas, procedit, quando donatio fuit vera, licèt facta in fraudem creditorum, vel fisci: secus tamen est, quando in donatione interuenit simulatio animo fraudandi creditores, vel fiscum, tunc licet allegare simulationem, ita distinguit Baldus in eadem l. cum profitearis. & Vitallinis, quos refert & sequitur Farinac. vbi supra, num. 50.

Num. 32.  
Segúda excepcion de don Iuan, que està renunciado el pacto comissorio.

## Segunda excepcion.

*Que por auer se continuado la compañía despues de passados los tres años contenidos en la escritura, quedò excluydo el derecho de vsar del pacto comissorio.*

Num. 33.  
Doña Francisca aunq se cúplieron los tres años del pacto, eligio passar adelante con la obseruancia del contracto, y así no puede intentar el comisso.

**L**Os tres años contenidos en el pacto de la segunda escritura de compañía se cumplieron en dos de Mayo de 609. con lo qual llegò el plaço, conforme a la pretension contraria de intentar el derecho del comisso, y estuo tan lexos la dicha doña Francisca de deduzir este derecho, que antes eligio por mejor y mas conueniente, passar adelante con la obseruancia del contracto, continuando la compañía por todos seys años, y por mas de otros tres, haziendo varios actos de aprouacion y continuacion, hasta 30. de Agosto de seyscientos y catorze, que intentò por las causas referidas contra don Iuan este pleyto. De lo qual resulta, que no se puede vsar del dicho pacto, ex regula textus in l. si fundus, 4. §. eleganter, l. de lege, 6. l. post diem, 7. ff. de lege commissoria, l. 4. C. de pactis inter empt. & venditor. compositis, consonat de iure Regio, l. 38. tit. 5. partic. 5. ibi: *E despues que huuiere escogido vna destas cosas sobredichas, no se puede despues arrepentir, de manera que dexee aquella, por auer la otra.* Y para que se tenga por hecha la eleccion de obseruar el contrato, y no vsar del pacto comissorio, bastan qualesquier actos tacitos, como seria cobrar el precio, vt in d. l. de lege: ò solo pedirle, vt in d. l. post diem, ò cobrar las vsuras y reditos, vt in d. l. 4. C. de pact. inter empt. & vendit. Y en nuestro caso in-  
terui-

teruiniéron muchos y diuersos actos, no solo tacitos, sino expressos en continuacion y obseruacia de la dicha compañía, de que está lleno el proceso: y no se niegan, ni puede negar por las partes contrarias, y ansi solo reduzen su defenſa en quanto a esta excepcion a tres replicas.

La primera es dezir, que la compañía se acabò con la muerte del Maesse de campo, y q̄ doña Fráncisca no fue parte para prorogarla, ni renouarla en perjuyzio de los menores.

La segunda, que los menores fueron lesos en la dicha prorogacion, y en que no se vſasse del dicho comisso, y que ansi les compete el beneficio de la restitucion in integrum.

La tercera se propuso el dia de la vista por vno de los Abogados contrarios, diziendo, que los actos en que nos fundamos, solo fueron en aprouacion y continuacion de la compañía, y que fueron actos distintos, la participacion que el Maesse de campo dio a don Iuan en la dicha heredad, y la compañía que sobre ella celebraron, y que bien se cõpadece, que aya caydo en comisso la dicha heredad, y que durasse la compañía, pues la puede auer muy bien, conforme a derecho, siendo la heredad toda de vno de los compañeros, y poniendo el otro su industria personal.

## Respuesta de la primera replica.

**P**ara satisfacer a esta replica se supone, lo primero, que este remedio de nulidad no está intentado en este pleyto, ni ay en todo el peticion, en que tal se alegue: & sic succedit regula textus in l. vt fundus, ff. comm. diuid. cap. licet, Heli. de simonia, cum vulgatis.

Secundò respondetur, que aunque es verdad, que la compañía finitur morte vnius ex socijs; tamen hoc fallit, quando la compañía se hizo super certa re communi inter socios, vt in nostro casu probat in specie textus in l. actione 66. §. si in rem, ff. pro socio, ibi. *Si in rem certam emendam, cõducendam, ve coita sit societas: tunc etiam post alicuius mortem quidquid lucri, detrimetive factum sit, commune esse* Labeo ait. Mantica. de tacit. & ambig. conuent. lib. 6. tit. 24. num. 30.

Tertiò respondetur, que quando la dicha compañía se huiera acabado con la muerte del dicho Maesse de campo, es cosa cierta, que la dicha doña Francisca como tutora de los

F

dichos

Num. 34.

No se pone, ni puede poner duda, en que interuiniéron muchos actos de aprobacion de la compañía.

Num. 35.

Referése tres replicas que contra lo dicho se hazen en contrario.

Num. 36.

Nulidad no está alegada contra los actos de aprouacion, y continuacion de la compañía.

Num. 37.

Para que esta compañía no espirò con la muerte del Maesse de campo, expèditur textus in l. actione, §. si in rem, ff. pro socio.

Num. 38.

Doña Francisca como tutora de los menores podia renouar la compañía, aunque se huiera acabado.

dichos menores la pudo renouar, y passar adelante con ella, vt in terminis resoluit Bald. in l. mandatum, num. 3. C. mandati, sequitur alios referens Greg. Lopez in l. 10. tit. 10. partit. 5. glosa 1. limit. 3. Ioan. Guttier. de iuram. confirmat. part. 1. cap. 48. num. 2. Mantica de tacitis & ambiguis conuentionibus, lib. 6. tit. 13. num. 6. Aluarus Valascus consultatio. 63. part. 1. num. 10. Octauiano decis. Pedemont. 150. num. 5.

Num. 39.  
El Maesse de campo de xò ordenado en su testamento, que aunque el muriesse, se continuasse la compañía, y así estamos fuera de toda duda.

Quarto respondetur, que el Maesse de campo dexò ordenado en su testamento, que aunque el muriesse, se continuasse la dicha compañía, vt patet ex clausula ibi: *Y destas dichas tierras, pagando don Iuan de Mençoça la mitad del valor dellas, y así mismo la mitad de lo que fuere menester para esclauos y pe rrechos, para poner vna heredad de viña, tengo tratado de hazer con el compañía, para que a su tiempo auiendo se cassado las costas, que nos hemos de obligar a pagar por mitad, se parta la dicha heredad por ygua les partes: y si antes de estar en estado de poderse partir, fuere nuestro Señor seruido de lleuarme, encargo y ruego a la dicha doña Francisca de Penalosa mi muger, que por su parte cùpla todo lo que yo estoy obligado por la escritura de compañía, que hemos de hazer.* En el qual caso no ay duda, que la escritura de compañía hecha por tiempo limitado deuio guardarse ex voluntate testatoris, vt in specie notant Doctores per textum, ibi, in l. in hoc iudicium, §. si conueniat, ff. comm. diuid. Bald. in l. 4. in princ. ff. de condit. instit. notabili 2. Tiber. Decian. conf. 22. nu. 11. cum seq. lib. 3. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 6. tit. 24. num. 29. Octauian. decis. Pedemontana 150. nu. 4. Gregor. Lopez in d. l. 10. tit. 10. partit. 5. glosa 1. Aluarus Valascus d. consult. 63. num. 15.

Num. 40.  
Muestrase, que quando se aya acabado la compañía por muerte del Maesse de campo, no por esso perdera don Iuan la participacion que tiene en la heredad, ni los gastos que ha hecho en ella.

Quinto respondetur, que quando por muerte del Maesse de campo se huiera acabado la dicha compañía, no por esso se mejorara el derecho de la dicha doña Francisca, y sus hijos, ni se hiziera de peor còdicion el de don Iuan, pues la parte que se le dio en las tierras por la dicha escritura, no la auia de perder por la muerte del Maesse de campo, porque el contrato de compra y venta perficitur consensu, simul atque conuenit de pretio, princip. institut. de obligationibus, ex consensu princip. institut. de emprione & venditione, l. sicut ab initio, C. de obligat. & actio. Y así el contrato de la participacion quedo perfeto, sin que en esto se pueda poner duda: y en quanto a lo que don Iuan planto en la dicha heredad,

dad, que era comun pro indiviso, la misma obligacion que pudieran tener por la escritura, tienen a pagarselo doña Francisca, y sus hijos, por la parte que les toca ex iuris dispositione, etiam omni pacto societatis semoto, l. si fratres, §. si quis ex socijs, ff. pro socio, l. ex parte, ff. famil. herciscun: exornat Ioan. Garcia de expensis & meliorationibus, cap. 19. Tambien se le deve a don Iuan recompensa o salario de la ocupacion de su persona, pues no auia el de asisttir tantos años al aumento y beneficio de la parte del Maesse de campo a sus propias expensas, cap. relatum, el segundo, de testament. l. dato amico fidelissimo, ff. de annuis legatis, exornat latè Carrocius de locato, parte 1. questione de socio personam exercente, fol. 13, luego figuese de lo dicho, que quando por muerte del Maesse de campo se huiera acabado la compañía, don Iuan no podia perder la parte que tiene en la heredad, ni tampoco el derecho que le compete, para recuperar y cobrar los gastos que hizo, en plantar y enmaderar la dicha viña, y en ponerla en el estado que oy tiene, que todo se deve a su industria y asistencia, y a los grandes gastos que en ella hizo: y así esta oposicion se reduce a question de nombre, y no tiene sustancia.

Porque siendo cierto, como lo es, dexando en su lugar el derecho de la primera escritura, desde el dia que se otorgo la segunda, de que se va tratando, quedo el dicho don Iuan señor del dominio de la dicha tercia parte de tierras, y mitad de esclauos, y como tal fue corriendo el riesgo, y esto no pudiera ser, sin tener la propiedad, la qual no la adquirio condicionamente, como lo alegan los Letrados contrarios, sino llana y lissamente, como se verifica por las palabras de la dicha escritura, donde dize, ibi: *Traspasso, y doy al dicho don Iuan Hurtado de Mendoza la tercera parte de las dichas tierras, pagandome el susodicho la tercia parte del precio, que me costaron del dicho don Pedro Gutierrez, como constara por la escritura, que dello en mi fauor otorgò, y lo demás, &c.* que se contiene en la dicha clausula: porque la palabra *pagando*, mal interpretada por la parte contraria no induze condicion, sino declaracion, como adelante se ponderara.

Respuesta

## Respuesta a la segunda replica.

Num. 41.

Otra replica se haze pidiendo restitucion, y esta no puede proceder respeto de la mitad de la heredad perteneciente a doña Francisca.

**E**STA replica que mira al beneficio de la restitucion *in integrum*, aun tiene menos fundaméto que la pasada, & *excluditur ex seqq.*

Lo primero, porque respeto de doña Francisca de Peñalosa, que es interessada en la mitad desta heredad, por auerse adquirido constante el matrimonio, no ay, ni puede auer duda, pues es cosa cierta que el beneficio de restitucion que compete a los menores, no se estiene a los mayores, quando la causa no es indiuidua, sino diuidua, como en nuestro caso lo es la dicha heredad, l. vnica, C. si in communi, eademque causa in integr. restit. postul. vbi glos. & DD. Afflict. decif. 213. Cald. Pereira in l. si curatorem habens, C. de in integr. restit. verb. aduersarij dolo, num. 28. Alex. Trentacing. variar. resol. lib. 2. tit. de minoribus, resol. 5. nu. 121.

Num. 42.

Respeto de los menores tampoco ay restitucion, porque no fuerõ lesos, sino muy beneficiados.

Lo segundo se responde, que respeto de la parte que toca a los menores, tampoco ay fundamento para pedir restitucion, pues falta el requisito mas necessario para que aya lugar, que es la lesion, qua non probata minores non fruuntur prædicto beneficio, l. ait prætor, §. non solum, l. verum, §. sciendum, ff. de minoribus, l. nam postea, §. si minor, ff. de iure iurando, l. minor, la primera, l. nõ videtur, C. de in integrum restitut. Caldas Pereira in l. si curatorem habens, C. eodem titul. verb. sua facilitate, num. 1. & verb. aduersarij dolo, num. 11. Mascard. de probationib. conclus. 1062. nume. 2. Sfortia de in integrum restitut. par. 1. q. 36. art. 2. & 3. Y es cosa indubitable que no ay prouança alguna de que los menores fuesen lesos en auer perseverado en la dicha compañía, porque aunque en la nona pregunta de la instancia de vista se articulò por su parte la lesion, ningun testigo dize que la prorrogacion fuesse dañosa a los menores, ni lo podian dezir, pues es hecho constante en este pleyto, y esta prouado por don Iuan en la instancia de vista a la sexta pregunta, que todo el ser y valor desta hazienda se deue al cuydado, industria, y asistencia q̄ tuuo en plátar y criar esta viña, y ponerla en el estado q̄ oy tiene, y seria grãde iniquidad q̄ gozando los dichos menores del beneficio, y utilidad que les ha causado la industria y trabajo de don Iuan de Mendoça, quieran excludyrle desta participacion, en tiempo que la viña està ya criada, ad  
quod

Num. 43.

En tiempo q̄ està esta hazienda tã mejorada

quod potest expēdi, textus elegans in l. quod si minor, §. Sce uola. ff. de minoribus, ibi: *Si vero iam distracta hereditate, & negotijs finitis ad partem pecuniam laboribus substituti ueniat repelendum, l. si quis autoritate 16. C. de omni agro deserto, lib.*

**11. ibi:** *Quoniam nimis absurdum est eos qui nobis hortantibus fundos inopes, atque egenos magno labore impenso, atque exhausto patrimonio vix forte meliorare potuerunt, utpote deceptos inopinatum onus suscipere illudque, vel vt quadam circumuentione deposci, quod si se daturus praescissent fundos minime suscipere, aut etiam collere paterentur,* palabras cierto notables para nuestro caso, y bastantes para que se determine este pleyto en fauor de don Iuan, sin hazer caso de la pretension de doña Frãcisca, que le quiere auer engañado, para que afsistiese al beneficio desta hazienda, y luego quitarfela, quando ya està tan mejorada, con ducit doctrina Bart. in l. 2. C. de locat. præd. ciuil. donde reprehende a los prelados que despues de hechos los mejoramientos en la cosa dada en emphiteosi, se quieren restituyr, prætextu lesionis, & eis non competere restitutionem, resoluit sequitur Paul. conf. 260. num. 1. & 337. num. 1. lib. 2. Feli. conf. 42. num. 11. & seqq. Mandel. Albenf. conf. 530. num. 2. lib. 3. vbi Anibaldus litera A. Y para en prueua de que a los menores les fue vtil el continuar la dicha compañía, basta ver que su padre lo dexò ordenado en su testamēto, y q̄ doña Francisca de Peñalosa, siendo mayor, y persona tan prudente, y interesada en la mitad de la hazienda, procurò con tantas veras que don Iuan afsistiese en ella, no solo los seys años contenidos en la escritura, sino despues tambien de cumplidos, ad quod, demas de otras muchas comrouaciones que ay en el pleyto, expendimus, las palabras de vna carta que esta presentada en el processo, su fecha en 20. de Agosto de 611. en que la dicha doña Francisca persuade al dicho don Iuan que no se venga a España a sus pretensiones, proponiendole para ello el gran beneficio que le ha de resultar desta heredad, vt patet ibi: *Y en lo que toca a su particular de v. m. Digo mi señor, que me parece muy biẽ lo que v. m. me dixẽ, aunque me parece que es con mas prisa, que en casos semejantes es necesario considerar por la mucha edad que el señor don Luys de Velasco tiene, podria ser succeder morir se por la mar, lo qual no permita nuestro Señor, y hallar se v. m. burlado, que quando vaya v. m. de aqui a vn año, me parece no sera tarde, y podra yr v. m. con mas comodidad que aora*

por don Iuã, nõ se pue den restituyr los dichos menores, quod late exornat.

**Nũm. 44:**

Con lo que doña Francisca hizo, se prueua quan vtil fue a los menores la continuacion de la compañía,

**Nũm. 45:**

Ponderanse las palabras de vna carta escrita por doña Francisca a don Iuan.

por el poco dinero que ay, porque sin el como v.m. mejor sabra, que aũ q̄ tenga mucho amor a v.m. lo poco que aca hizo me de sanima a que v.m. se determine, que lo mejor de todo, y mas acertado de mi ruyn consejo es, que dexee v.m. essa hacienda bien entablada, y desuerte q̄ aunque haga v.m. ausencia, no importara mucho, y pluuiera a Dios tuuiera yo con que pudiera v.m. hazer el viaje el año que viene, porque me parece que no fuera tarde, pero mas vale lo cierto que no lo dudoso, quedando el fruto que esperamos essa hacienda, me parece que la mejor preension es conseruarla.

De las palabras desta carta se facan dos consideraciones muy importantes para la determinacion deste pleyto.

Num. 46.  
No se puede dezir q̄ fue lesa el menor q̄d hizo lo que hiziera qualquier mayor.

La primera es que doña Francisca juzgaua la asistencia de don Iuan muy importante para el beneficio desta hacienda, de lo qual se infiere que a los menores les estuuó muy bien q̄ se continuase la compañía, yno se puede dezir que fue lesa el menor quando hizo lo mismo que qualquier mayor hiziera; l. fin. C. de in integr. restitutione, l. 6. tit. 19. part. 6. ibi: *E aũ deximos, que si el pleyto, o la postura de que demandase restitucion, el menor fuesse fecho en tal manera que todo ome de edad, cūplida, e de buen entendimiento la faria assi, e non deua tenerse por engañado, por ende, que estonce no deue ser desfecho por raxon que lo fixo en tiempo que non era de edad.*

Num. 47.  
Propone se vn raxon, q̄ conuence la iniquidad que cõriene la preension contraria.

La segunda consideracion es, que seria cosa iniquissima, y contra toda buena fe, que doña Francisca huuiesse entretenido tantos años a don Iuan en el beneficio desta hacienda, y quitadole de acudir a sus pretensiones, y acrecentamientos proponiendole el premio que le auia de resultar saliendo esta hacienda tal, como esperauan, y que auiendose ya confeguido el ponerla en el estado que tiene, no se contenten doña Francisca, y sus hijos con participar deste beneficio, de que con tan pequeño desembolso se les ha seguido tanta ganancia, sino que tambien quieran excluir a don Iuan de su propria porcion, deuiendosele a el todo este aumento, lo qual es manifesto dolo, quo in casu minoribus nõ succurritur, argumento text. in l. 2. C. si minor se maiorem dixerit, l. 6. tit. 19. p. 6. ibi: *Esto es, por q̄ las leyes ayudã a los engañados, e nõ a los en ganadores;* y pues en caso que esta hacienda no huuiera salido tal, doña Francisca, y sus hijos se holgaran de que el daño se repartierra entre ellos, y don Iuan, para que fuera menor, no es justo que auiendo sucedido bien, quieran intentar cosa tan desigual

desigual, y repugnante a derecho , y a toda equidad natural  
contra rationem textus in l.nam hoc natura, ff. de condit. in-  
debit. cum vulgat.

Præterea, contra los actos de aprouacion del contrato, y  
continuuacion dela compañia, y la virtual renunciacion que de-  
llos resulta del pacto comissorio, no compete beneficio de  
restitucion, vt in terminis pacti legis commissoria, resoluit  
Anton .Faber in suo C. titu. de lege commissoria, diffinit. 1.  
faciunt tradita per glos. & DD. in cap. potuit, de locato con-  
ducunt tradita per Flamin. Cartar. decis. 91. nu. 3. cum seqq.  
Y la utilidad de no auer vsado del dicho pacto , es notoria,  
porque demas de que esta era vna pretension muy sin funda-  
mento, vt ex dictis in hac allegatione, & infra dicendis appa-  
rebit, quando los menores huuieran vsado del dicho pacto  
y obtenido , no solo no les huuiera resultado utilidad, pero  
daño euidentissimo, porque desamparando don Iuan esta ha-  
zienda en aquel tiempo en que era su asistencia tan necessa-  
ria para plantar la dicha viña, y para enmaderarla y criarla,  
no huuiera llegado a la perfeccion que oy tiene. Y no haze  
al caso dezir, que al tiempo que se cumplieron los tres años  
del comisso estauan ya plantadas 300. cepas. Porque se res-  
ponde, que despues plantò don Iuan otras doze mil a cum-  
plimiento de 420. Y demas deste beneficio hizo otro ma-  
yor, que fue enmaderar, y criar, y poner en perfeccion la vi-  
ña que en aquel tiempo no tenia mas que vnos sarmientos  
metidos en el suelo : Demas de que como queda dicho, en  
ningun tiempo, ni por ningun derecho de las partes contra-  
rias se pudo quitar al dicho don Iuan el dominio y propie-  
dad adquirido por las escrituras de compañia fechas entre  
el y el dicho Maesse de campo Rodrigo de Campuçano : y  
assi quando no se prorrogara la compañia luego que murio,  
solo se pudo impedir la continuacion , pero no el diuidir las  
tierras, viña, y negros, con calidad de pagar, hecha la cuen-  
ta en aquel estado, si algo deuiesse el dicho don Iuan, ni tam-  
poco por la restitucion se les puede seguir a los menores vtil  
ninguno, pues en caso que no les estè bien los efetos de la  
prorrogacion de la compañia, don Iuan està presto de pagar-  
les el principal que montò las dos partes de las tierras , y la  
mitad de los negros, y todos los demas que en las cuentas  
constare auerse puesto por sus partes, quedandose con toda  
la

Num. 48.

Aduersus approbatio-  
nem contractus, & ta-  
citam renuntiationem  
pacti legis commissoria,  
non datur restituti-  
o.

Num. 49.

A los menores les fue  
vtil no vsar del pacto  
del comisso.

la hazienda enteramente, y en el escoger vna destas dos cosas, se echara de ver si fueron lesos, ò no, y sobre que piden restitucion.

## Respuesta a la tercera replica:

Num. 50.  
Conuencefe vna distincion q̄ el dia de la vista pretendio hazer vn Letrado de los menores, diziendo, q̄ los actos de aprouació de la compañía y prorrogacion della, no teniã que ver con la participacion en la heredad.

**L**A Tercera replica repugna manifestamente al hecho verdadero, porque en ella se haze distincion entre la participacion de la dicha heredad, y la compañía hecha por razon della, suponiendo que pudo quedar toda la heredad por de los herederos del Maesse de campo, & nihilominus continuarse la compañía, quod est manifeste falsum, nam licet fateamur, que puede auer cõpañia en que vno ponga la heredad, y otro la industria en beneficiarla, y partan entre si los frutos, como tambien quando vno pone el dinero y otro su inteligencia en la negociacion, tamen no se aplica ni quadra a nuestro caso, en el qual la compañía se hizo por razon y en consequencia de la participacion y comunidad en la heredad que auia entre las dichas partes, y para que a expensas comunes por mitad se huuiesse de plantar, hazer, y criar vna viña con sus bodegas, casas y pertrechos, todo lo qual se huuiesse de diuidir al fin de los seis años entre ambas partes, y la diuision o participacion de los frutos viene en consequencia de la comunidad, pero no por que en razon del goze dellos se hiziesse compañía. Vnde es cosa indubitable que si cumplidos los tres años doña Francisca y sus hijos huuieran intentado y obtenido que se executasse la condicion del comisso, era preciso, que quedando toda la heredad por de las partes contrarias cessasse la compañía, pues se auia hecho non super re vnus ex socijs, poniendo el otro la industria, sed super re communi vtriusque y cessando la comunidad, y la esperança de diuidir la viña que se plantaua y criaua, cessaua todo el fundamento, fin, y efeto para que se hizo la compañía, y ansi no auia para que aguardar se cumpliesen los seis años, de lo qual se sigue, q̄ continuar la cõpañia, y perseverar en ella, fue tener por partcipe y cõpañero en la propiedad y señorío de la dicha heredad al dicho don Iuan, y esto se haze mas claro, ponderando las palabras de la carta de doña Francisca, referidas arriba, en que tuuo y reconocio al dicho don Iuan por partcipe

en la dicha heredad. Y aunque es verdad que el contrato ref-  
peto de la participacion que el Maesse de campo dio a don  
Iuan auia de durar, no obstante que cessasse la compañía, ta-  
men la compañía que venia en consequencia dela participa-  
cion, no la podia auer, no teniendo don Iuan parte en la here-  
dad. Y es euasion ridicula dezir que al comisso se le puso ter-  
mino de tres años, y a la duracion de la compañía de seis, y  
que con esto se prueua, que podia durar la compañía, aunque  
la cosa huuiesse caydo en comisso, y executadose el dicho  
pacto. Respondetur enim, que el hazer la compañía por seis  
años, fue con el presupuesto, de que ambas partes auian de  
cumplir lo q̄ les tocava, y no era preciso, ni necessario el co-  
misso, aunque fuesse contingente, para que se diga, que por  
que se puso a la compañía termino de seis años, se huuiesse  
de passar adelante con ella, aunque cessasse la participacion,  
porque tambien se dice, que passados los seis años se parta la  
viña por iguales partes, y si corriessse el argumento contra-  
rio, seguiriale, que aunque huuiesse llegado el caso del co-  
misso, se huuiesse de hazer la dicha diuision. Vnde, lo cierto  
es, que el hazer compañía por seis años, y el proueer se hi-  
ziesse la dicha diuision, fue porque la participacion auia de  
durar. Y como se puede cōpadecer que el Maesse de campo  
por vna parte vendiesse a don Iuan Hurtado la tercia parte  
de tierras, y mitad de negros, y q̄ el quedasse deudor de suya  
for. conforme a la clausula de la escritura arriba citada, y q̄  
por otra, no mas de por q̄ ellos dizen, q̄ no cūplia en la paga  
quieren q̄ se deshaga todo, y se conuertea en vna cōpañia de  
frutos, fundandose, en q̄ no es cosa imposible hazerse cōpa-  
ña semejante entre partes, como si esto se contradixera por  
don Iuan, ni ninguna otra se puede exemplificar por la suya,  
fino es con los mismos pactos y condiciones.

Num. 51:  
La participacion, no  
se acabaua por acabar  
se la compañía, mas la  
compañia si, cessando  
la comunidad y parti-  
cipacion.

### Tercera Excepcion,

*Que el pacto del comisso puesto en la escritura de cōpañia  
de dos de Mayo de 606. fue nulo y inualido de derecho.*

**E**L Pacto comissorio de que se trata en los titulos  
ff. & C. de lege commissoria, procede quãdo al tiem-  
po de la venta se puso en ipsa traditione rei, & non ex

Num. 52:  
Pluribus rationibus  
ostenditur, que no es-  
tamos en caso del pac-  
to legis commissoriae  
aprouado por dere-  
cho, sino en caso en q̄  
no vale.

H

in-

interualo, vt probatur in legibus prædictis, y así si auiendo se primero causado la adquisicion puraméte, se pone despues este pacto, no vale, vt docuit glos. penult. in fin. in l. ab emptione. ff. de pactis, vbi Doctores, & alios referens, resoluit Anton. Gomez, tomo 2. variar. cap. 2. num. 30. versio item adde, Caldas Pereira. in l. si curatorem habens, verbo sua facilitate, num. 56. Felician. de censibus, lib. 1. cap. 6. num. 2. Mantica de tacitis, conuention. lib. 4. tit. 29. num. 24. y este es nuestro caso, porque al tiempo que se celebrò la segunda escritura de compañía en que se puso el dicho pacto, auia ya vn año que don Iuan en virtud de la primera escritura otorgada en 26. de Mayo de 605. estaua en possession de la heredad, y tenia plantadas las 177. cepas, y así los textos que hablan en la ley comissoria, no se ajustan a nuestro caso.

Lo segundo se confirma esta excepcion con otro fundamento de derecho, y es q̄ para que valga el pacto comissorio se ha de concebir por palabras directas, veluti res sit in emptata, y si se pone con palabras obliquas, no vale, vt resoluit Anton. Gomez. dict. cap. 2. num. 30. versio item adde. Felicia. d. c. 6. n. 6. Alex. Trentacin. variar. resolut. lib. 3. tit. de emptione & venditione. resolut. 10. num. 23. Petr. Surd. decis. 248. num. 10. Mantica vbi sup. nu. 25. y las palabras de la pena del comiso que se pusieron en la dicha escritura fuerõ obliquas, cõ forme a la distincion de todos los autores referidos, pues lo que dize la condicion, es que no pagando don Iuan, quedassen las dichas tierras con todo lo plantado, y edificado en ellas para el dicho Maesse de Campo, y sus herederos.

Tertio se añade, que el pacto legis commissoriae, solo procede, y a lugar en la compra, y venta, y no en otro ningun cõtrato, vt probat textus in l. fin. C. de pactis pignorum, vbi notatur, & in cap. significante de pignor, & cap. vnico de feudo dato, inuicem legis commissoriae reprobatõ, exornat late Surd. d. decis. 248. Ioan. Gutie. de iuramento confirmatorio, part. 1. cap. 33. lo qual es en tanta manera verdad, que cõfer la dacion insolutum, tan semejante a la venta, l. si prædiũ C. de euictio. con todo esso no ha lugar en ella, ni vale el dicho pacto, l. quamuis in princip. ff. de solutionibus, & notat Surd. & alij supra citati, ex quibus deducitur, que auiendo si do el contraçto que se celebrò entre las dichas partes de compañía, por ningun camino puede valer el dicho pacto, y no haze

haze al caso que se mezclasse tambien compra, y venta por la participacion que dio a don Iuan el Maeffe de campo en esta heredad. Porque se responde, que el dicho pacto solo vale, in venditione pura, non autem en aquella en que se mezcla otro contrato, vt obseruat Surd. dist. decis. 248. num. 19. Mayormente que ya, don Iuan tenia la participacion en virtud de la primera escritura del año de 605.

Quarto animaduerto, que verdaderamente estamos en el caso de la l. fin. C. de pact. pignor. porque don Iuan ya tenia, y poseia esta heredad en virtud del primer contrato, y quãdo sin perjuizio de la verdad se concediera que no auia pagado, no era causa para quitarle la heredad, sino solo para pedirle el precio, l. ea conditione, C. de rescind. vendi. y ansi el auer puesto en la segunda escritura este pacto comissorio, en lo que ya era fuyo para seguridad de la paga que auia de hazer al Maeffe de campo, fue en el efeto, y en la sustancia, pactum pignoris.

Nec dicatur, que en esta segunda escritura dixeron los cõtrayentes que dauan por ninguna la primera, y que por esto boluio el dominio a poder del Maeffe de campo, y que le hemos de considerar en esta segunda escritura, como si entonces fuera quando dio la participacion al dicho don Iuan.

Respondetur enim, que si a esto se diese lugar, seria facil en todos los casos defraudar la prohibicion de la l. fin. C. de pact. pignor. cõ dezir que se traspassasse el dominio al acreedor en caso de no pagarle el deudor al plazo señalado, que es lo q̃ individualmente prohibio la l. quamuis, in princ. ff. de solutionibus.

Secundo respondetur, que solo por dezir los contrayentes que dauan por ninguna la primera escritura dela compañía, y participacion de la heredad, no por esso se boluio el dominio a poder del dicho Maeffe de campo, porque era necessario, quod retro iterum venditio celebraretur, l. 1. C. quando liceat ab empt. discedere, ibi *At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resoluit emptionem si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.*

Ultimamente se añade, que la razon porque vale el pacto legis commissorix in contractu emptionis & venditionis, à diferencia de los demas contratos, es, porque el precio de la compra y venta se presume que fue ygual a la cosa vendida,

y que

y que en resolver el contrato, y boluer el comprador lo mismo que le dieron, no ay razon de desigualdad, ni grauamen considerable, quam rationem expendit, Ioan. Andr. & Abb. in cap. significante, de pignoribus, num. 7. quos refert & sequitur Gutier. d. cap. 33. num. 1. Prædicta tamen ratio nõ militat in nostra specie, antes se infiere della, que no es posible aplicar a este caso las leyes que hablan del pacto legis commissoriae, pues aqui no se trata de resolver el contracto, para que don Iuan buelua lo mismo que le dierõ, sino para que auiendo el recebido vna tierra montuosa y infructifera, y llena de malezas, buelua vna heredad de tanta estimacion y valor, auiendo el sido quien la desmõtò y reduxo a cultura, cõ tanta costa, y trabajo, y asistencia de su persona, quod esset iniquissimum. Mayormente auiendo sido todo a costa y dispensas propias del dicho don Iuan, sin embargo de lo que alegan las partes contrarias, que no es cierto, como adelante se prouara.

### Quarta excepcion.

*Que no puede auer auido commissio, ni mora, por no auer sido don Iuan deudor de cantidad liquida.*

Num. 53.

Dõ Iuan no se obligò a cantidad liquida, y assi aunque en la obligacion se puõ dia, y pena, no estuuo en mora.

**A**Vnque en la obligacion se ponga dia cierto, y pena determinada, si la cantidad prometida no es liquida, no se incurre en mora, ni se puede pedir la pena; no obstante que sea pasado el plaço, l. in fideicommissi, ff. de vsuris, Bald. in l. acceptam, C. eodem tit. Angel. in l. 4. §. ait prætor, ff. de re iudicata, Petr. Surd. conf. 38. lib. 1. num. 13 cum sequenti, Tuschus tom. 5. practic. litera M. concl. 376. num. 53. cum seqq.

Esta conclusion tan asentada en derecho, resulta en favor de don Iuan de Mendoça vn fundamento solido, y sin replica, y es, que mientras no se liquidò la cantidad que le tocava a pagar, no pudo estar en mora, ni incurrir en la pena del comisso; y assi solo es necesario mostrar que este presupuesto de falta de liquidacion es cierto en el hecho: para lo qual

qual se addierte. Lo primero, que en la dicha clausula de la dicha escritura se pusieron copulatiuamente tres cosas, que auia de pagar el dicho don Iuañ, tercia parte del precio de las tierras, mitad de esclauos, y mitad de gastos, y para escusarle de mora, bastaua que qualquiera destas cosas estuuiesse por liquidar, porque auendose puesto todas ellas juntamente, & subvno determinabili, preciso era que de todo ello precedie ra la liquidacion, no solo tratándose como en nuestro caso de executar vn pacto penal, pero quando solo se tratara de cobrar, nam qui exhibet instrumentum certo modo qualificatum, no puede pretender via executiua mientras no se ajustá y liquidan sus calidades, Bald. in l. 5. num. 1. C. de euiction. & conf. 493. num. 3. vol. 4. Natta conf. 474. numer. 35. vol. 2. Alex. conf. 119. num. 2. vol. 1. Riminald. conf. 300. num. 54. & 55. vol. 2. Surd. conf. 186. nu. 22. vol. 2. Esto es mas sin duda auiendo sido como fue don Iuan quien hizo de su hazienda todos los gastos en la planta y beneficio de la viña, quo in casu no fuera cosa justa que se hiziera liquidacion de la compra de las tierras y esclauos, hecha por el Maeffe de campo, y que dexara de hazerse juntamente de los dichos gastos hechos por don Iuan, y que fuesse el intento de los cōtrayentes que todas estas cosas se liquidassen juntamēte, y a vn mismo tiempo se prueua, demas de fer claras las palabras de la escritura de compañía, por vna clausula del testamēto del dicho Maeffe de Campo, en que auiendo hecho mencion de que el auia comprado las dichas tierras y esclauos, y de lo que don Iuan le auia dado a cuenta, añade estas palabras: *Y quando se huuiere de hazer cuenta, sera satisfecho el que huuiere puesto mas.*

Y no obsta dezir, que la clausula de la dicha escritura no trata de gastos hechos por don Iuan, sino de los hechos por el Maeffe de campo, pues dize, que don Iuan aya de pagar la mitad al Maeffe de campo.

Porque se respõde, que lo susodicho se dixo, porque se fue con lectura, y presupuesto de que el Maeffe de campo auia de hazer los dichos gastos, pero no se excluye por esto, q̄ auendolos hecho como los hizo don Iuan no le ayen de liquidar al mismo tiempo que las otras dos cosas de que habla la condicion, pues demas de lo dicho seria yr contra el pacto, y cõdicion expressa de la escritura,

Lo segundo, porque el dezir que don Iuan huuiessse de pa-

Tres cosas se auian de liquidar copulatiuamente, las quales juntas erã totalmente iliquidas, y cada vna de por si lo es tambien, quod latissimè comprobatur.

gar la mitad de gastos, no limita la disposicion a solos los hechos por el Maesse de campo, antes se aplican las dichas palabras, y conuienen tambien a los gastos hechos por el mismo don Iuan, pues cargandose los a su cuenta, viene a ser enefeto pagarlos el.

Mas dexada esta consideracion salimos de toda duda con que no solo son iliquidas las dichas tres cosas puestas copulatiuamente, como estan en la dicha escritura, sino tambien cada vna dellas de por si.

Nam imprimis, en quanto al precio de la compra de las tierras en la dicha escritura no declara el Maesse de campo lo que le costaron, ni tampoco se dize que cantidad era la q̄ le tocava pagar a don Iuan por su tercia parte, & sic nullo modo fuit in mora, especialmente que aunque supiera don Iuan lo que auian costado las dichas tierras al Maesse de campo quando las comprò de don Pedro Gutierrez de Médoza, no por esso podia enterarse de lo que a el le tocava a pagar, porque despues de auer comprado las dichas tierras vendio el dicho Maesse de campo cierta parte dellas a Diego de Otazo, y aunque don Iuan pidio en la Audiencia que doña Francisca jurase, y declarase en la dicha razon, la susodicha lo nego totalmente, y despues don Iuan hallò, y presentò la escritura de la venta, por la qual como queda referido, consta que de las dichas tierras vendio el Maesse de campo al dicho Diego de Otazo ocho fanegas de tierra en 500. pesos, y otras ocho, don Pedro Gutierrez, en otros 500. con calidad de que si valiesen mas, auia de pagar mas.

Præterea el precio de la compra de las tierras no era liquido, porque aunque en la venta que hizo dō Pedro Gutierrez al Maesse de campo se le puso nombre de 57200. pesos, tamen, vt retulimus, sup. num. x. este precio no fue constante, ni fijo pues fue condicion entre las dichas partes q̄ se huiesen de nõbrar terceros q̄ demas de diuidir la heredad tassassen, y valuasen lo q̄ el Maesse de campo deuia dar por su parte, y como esta valuaciõ, y tassaciõ no estaua hecha al tiempo, y quãdo dio el Maesse de campo a don Iuan la dicha participaciõ, por esso con particular aduertencia no se puso precio fijo, ni determinado, porque este auia de resultar de la liquidacion que despues se hiziesse, y ansi en el discurso de toda la escritura de la dicha compaõia otorgada en 2. de Mayo de 606. se

fue

fue usando de palabras que importan, y significan claramente que el precio entonces no era cierto, ni liquido, vt patet, ibi: *Pueda pagar con mas comodidad la cantidad de pesos que deuere, ansí de la parte que me cupiere de la cantidad de las tierras.* Et paulo post, ibi: *La cantidad de pesos que me cupieren a pagar.* Et ibi: *Y no auiendo pagado lo que ansí deuere.* Vnde pues el Maesse de campo, pudiendo poner en el contracto precio determinado, se dexo indeciso, para que fuesse el que resultasse de la futura liquidacion. Siguefe precisamente, que mientras no se hizo, don Iuan no fue dcudor de <sup>la</sup> cantidad liquida, ni estuuo en mora, ni a el le tocava hazer el ajustamiento, y liquidación que se auia de hazer por los terceros, conforme a la escritura hecha entre don Pedro Gutierrez, y el Maesse de campo, porque lo susodicho era a cargo del dicho Maesse de campo.

Y teniendo la misma consideracion en la escritura de venta, que se otorgò de las diez y seys fanegadas de tierra al dicho Diego de Otazo por los dichos don Pedro Gutierrez, y Maesse de campo Rodrigo de Campuçano, ocho cada vno de lo que tocava a su parte, por mil pesos que diuidieron, y repartieron entre si, y mas lo que se apreciassen, quando se le entregassen, y tassassen su valor: y siendo esta diligencia y liquidacion forçosa a la parte de doña Francisca, para dar cosa liquida al dicho don Iuan, no solo no lo ha hecho, ni querido hazer, pero lo que mas es, negado y ocultado este hecho verdadero, no obstante que fue apremiada a dezirlo con juramento, y lo que mas es, que sin quererlos admitir en cuenta los dichos quinientos pesos. Don Francisco de la Cueva en su informacion en derecho, siguiendo, no lo que consta por el pleyto, sino lo que le dizen las partes, sustenta, que era cosa liquida lo que tocava à don Iuan de la tercia parte de tierras, que le dio el Maesse de campo, y que montaua mil y setecientos y setenta pesos, que quando huiera de ser el tercio de los cinco mil y docientos, tambien esta errada: pues si en vna cosa tan patente estan tan diferentes las partes, como sin preceder cuentas puede resultar entre ellas alcance justificado, que es solo a lo que quedo obligado el dicho don Iuan.

Y no es de menos consideracion, cõforme a las escrituras antecedentes de las dichas tierras, y a la clausula de la escritura de compania, que la tercia parte que huuo de auer el dicho don Iuan, auia de tener primero liquidacion: porque fue pacto y concierto, como della consta, que esta tercia parte

auia de tener tantas buenas , y tantas malas partes de tierra, como cada vna de las dos, con que se quedaua el dicho Maefse de campo Rodrigo de Campuçano: y es claro, que si a la diuision no se pudo ajustar esto , como quedo de acuerdo, se auia de quitar, o añadir el precio, conforme al menoscabo, o mejoría que tuuiesen: y así auiendo se obligado don Iuan, a que pagaria, lo que pareciesse liquido , no ha llegado el plazo, ni puede llegar, hasta que doña Francisca le huuiese conuencido de liquidacion.

En quanto a los esclauos<sup>7º</sup> y gastos , pues don Francisco de la Cuenca en su informacion confiesa, no ay cosa liquida, como es verdad, se pudiera excusar el fundarlo, pues en la dicha escritura de compañía no se declara lo que costaron, ni la cántidad que deuia pagar don Iuan por su mitad, y lo que mas es en todo el discurso deste pleyto no se ha liquidado por parte de la dicha doña Francisca el precio de las dichas compras de esclauos. Y aunque presentò ciertas escrituras de compras de esclauos, esto fue despues de estar remitido este pleyto en reuista , y no consta de la identidad dellos , ni que ayan sido los que se entregaron al dicho don Iuan para la labor de la dicha heredad, que es a los que se obligò, antes de las dichas escrituras consta lo contrario.

Y no obsta dezir , que en el libro de la administracion de la compañía exhibido por don Iuan, estan puestos estos esclauos en mas subidos precios que los que contienen las dichas escrituras. Porque se responde , que la dicha doña Francisca no se puede aprouechar en esto del dicho libro: lo vno, porque cosas que mirauan a hecho del Maefse de campo, como eran las compras , se asentaron , porque el lo dixo así: y esto no bastaua contra don Iuan, no justificandose con recaudos legitimos. Lo otro, porque la dicha doña Francisca y sus hijos no se pueden valer deste libro, presentando, como presentan escrituras en contrario , en que se contienen precios diuersos de los del libro, l. scripturæ, C. de fide instrumentor. cap. imputari, eod. tit.

Prætereà porque las partes contrarias no se allanaron a passar por el dicho libro, antes le hã impugnado en este pleyto, y querellado de don Iuan , alegando , que el dicho libro era falsamente fabricado, & sic no pueden valerse del, cap. ex eo, de regul. iur. in 6. cap. cum olim, vbi Doctores de censibus.

Ultimamente se añade, que el auer sido totalmente iliquida la cantidad que don Iuan deuia pagar de las tietras y negros, se allana mas con los autos, que estan en el processo hechos en execucion de la sentencia de reuista, de que viene su plicado: porque auriendose dudado, que cantidad auia de pagar don Iuan, para que se partiese la dicha heredad, viendo la Audiencia, que no auia cosa liquida, por autos de vista y reuista, mandò hazer cuenta y liquidacion, cometiendolo al Relator del pleyto, el qual viendo el encuentro que auia entre las escrituras y el dicho libro, hizo la cuenta de dos maneras: la vna, conforme a las escrituras; y la otra conforme al libro. Y auriendose causado pleyto en esta razon en la Audiencia, aprouò por aora la cuenta hecha conforme al libro, de manera que no solo en el tiempo de los tres años del plaço de la escritura no huuo cosa liquida, pero ni en todo el tiempo q̄ durò el pleyto, y lo que mas es, oy aun no esta fenecido el artículo de la liquidacion, pues lo que se proueyò, fue por aora: y así queda abierta la puerta, para que presentandose escrituras, o prouanças de la verdadera liquidacion, se pueda proueer otra cosa, vt obseruat Theaurus decis. 81.

## Quinta excepcion:

*Que al tiempo que se cumplieron los tres años del pacto del comisso tenia don Iuan desembolsada mas cantidad, de la que le tocava pagar.*

**T**odo lo que a don Iuan le tocò a pagar, conforme a la liquidacion del Relator, que aprouo la Audiencia por autos de vista y reuista, importo 411622. pesos, siete reales y medio: y esta suma, y aun mucha mas tenia desembolsada, al tiempo y quando se cumplio el plaço de los tres años de la dicha condicion, pues importo lo pagado al Maesse de campo, juntamente con lo que auia gastado en las diez y siete mil plantas, seys mil ciento y tres pesos, vt ostendimus supra, nu. 22. Demas desto esta verificado, que al tiempo que se cumplio el plaço de los tres años, tenia don Iuan plantadas a cumplimiento de treynta mil cepas, en que auia gastado otra gran suma de dinero: con lo qual se vee con euiden

Num. 55:  
Muestrase que al tiempo que se cumplio el plaço de los tres años, auia don Iuan pagado mas de lo que le tocava.

dencia, que el no era deudor de cosa alguna, antes se le deuia muchos dineros.

Num. 56.

Excluyese vna replica contraria, fundada en dezir, que los gastos hechos por don Iuan eran ilíquidos, y que así no eran compensables, con lo que don Iuan deuia.

Nec dicatur, que estos gastos de don Iuan eran ilíquidos, y que así no eran cõpensables, con lo que el deuia del precio de las tierras y esclauos. Respondetur enim, lo primero, que el precio de las tierras y esclauos era tambien ilíquido, vt diximus supra, num. 54. Lo següdo, que los gastos hechos por don Iuan, eran muy faciles de liquidar: y así no se podian reputar por ilíquidos, iuxta notata in l. fin. C. de compensationibus, per textum ibi. Lo tercero, que procediendo todo de vn mismo contracto, y de vna escritura, no se podia hazer separacion de lo líquido a lo ilíquido, vt considerat Scouar de ratiocinijs, capite 21. numero 22. versic. & tenendo, ibi: *Et in primis non obstat textus in l. fin. C. de compensat. quia ille textus debet intelligi, quando creditum & debitum descendunt ex diuersis & separatis stationibus: secus tamen esset, si ex eodem contractu, & qui indiuiduam, connexam & corresponsiuam causam habet, descenderet, pro vt est societas, tutela, & simile administrationis genus, ex qua potest dari actio, & directa & contraria corresponsiuè.*

Num. 57.

Satisfazese a otra opoficion contraria, fundada en dezir, que doña Frãscisca desembolfo muchas cantidades.

Non etiam obstat dezir, que doña Francisca desembolfo muchas cantidades, de que se han presentado partidas y papeles, porque por su inspeccion consta, que fue mucho tiempo despues del en que se hizo la planta, la qual costeo don Iuan enteramente, y durantes los tres años solo acudio doña Francisca con seyscientos pesos, auiendo gastado don Iuan mas de catorze mil, y si despues dio dineros para el beneficio de la hazienda y acarretos de los frutos de la dicha doña Francisca, fue obligacion y carga precisa de la participaciõ, y compaña: y todo esso se ha de ajustar en las cuentas, que la Audiencia mando hazer en la dicha sentencia de reuista, por las quales parecera, que don Iuan tiene puesto y desembolfado de su hazienda mucho mas sin comparacion, que la dicha doña Francisca.

Num. 58.

Excluyese otra replica contraria, fundada en vna doctrina de Baldo en la l. eius, C. de compens. Y muestrase que no esa proposito.

Non etiam obstat otra replica, que hazen los Abogados contrarios, diciendo, que don Iuan no puede oponer cõpensacion de lo que gasto en beneficio de la compaña, con lo que deue proprio nomine, iuxta doctrinam Bald. in l. eius, C. de compensationibus. Id enim excluditur, aduertiendo que lo que Baldo, y los demas Doctores alli dizen, es, que el compañero

pañero, a quien vn tercero le pide alguna cantidad proprio nomine, no puede oponer compensacion de la deuda que se deue a la compañia, porque se consideran como personas distintas: diuersum tamen est in nostro casu, porque quien pide no es vn tercero, sino los herederos del mismo Maesse de cãpo. Y lo que don Iuan compensa, no es cosa que se deue a la compañia, sino lo que a el propio le deuen, y estan obligados a pagar doña Francisca y sus hijos, por los gastos hechos en la planta y beneficio de la dicha viña y heredad. Mayormen te que la clausula de la dicha escritura de compañia abfuel ue esta duda, pues dize por condicion expresa, que cada vn año se ha de hazer cuenta de lo q̄ se gastasse en la labor y plãta de la dicha viña, y que esto auia de ser por mitad, y que el que deuiesse al otro, lo pagasse luego. Bien se infiere de aqui, que tienen prelación las cuentas de los gastos, a la cuenta final, cumplidos los tres años, donde se trata del comisso, y siédo caso cierto, como lo es, que don Iuã de Mendoça a su costa planto, y crio la viña, sustetó los esclauos, pago salarios, y cõpro todo lo demas q̄ fue necessario para la labor que hizo, y que para esto no le dierõ en todos tres años el dicho Maesse de cãpo en su tiẽpo, ni la dicha doña Francisca en el suyo cosa alguna, mas de solos seyscientos pesos, como no constara cosa en contrario por los autos, por no ser cierto, sin embargo de lo que quieren dar a entender. Claro esta, que antes que llegue a la cuenta final de los dichos tres años, es acreedor don Iuan en la mitad de los dichos gastos, que siendo el principal mas de catorze mil pesos, como queda dicho, bien caben en la mitad que toca a la doña Francisca los quatro mil y  que parece se liquidaron por ora, por mandado de la Real Audiencia, que perteneciã a pagar de las tierras y negros, al dicho don Iuã se le queda a deuer lo que va a dezir de mas a mas. Y para prouea de su intencion don Iuan no tiene necesidad de mas prouança, que la cuenta de su libro, pues la dicha doña Francisca esta obligada a passar por el, como lo estuuó el dicho Maesse de cãpo en virtud de la escritura de compañia, pues ella la ratificò, aprobò, y otorgò de nueuo. Y pues se valen della, necessariamente ha de ser con todas sus calidades, condiciones y requisitos: y assi viendose vencida la dicha doña Francisca por es-

te camino, y que en el dicho libro de compañía esta puesto por cargo en primer lugar el valor de las dichas tierras, y luego el de los negros, y por descargo lo que se va gastando, no ha querido condescender en la cuenta que le ha pedido el dicho don Iuan, sin embargo de auerse allanado, desde luego q̄ pagaria de contado, si deuiesse algo, pareciéndole que por este camino, no teniendo justicia, no podia conseguir su intento, ni tampoco ha bastado para mas conuencimiento fuyo, auer hecho depósito Real, para pagar de contado, si fuesse alcáçado, ni ha querido conuenir en la liquidacion pedida por parte de don Iuan, que la Real Audiencia remitió para en definitiva, estando para determinarse este pleyto en reuista, hasta que, como dicho es, la causa estuuó sentenciada, que entonces condescendiendo con el pedimiento del dicho don Iuan, pidió la liquidacion y particion de viña, y tierras, que se quedaua executado. Y para que el Consejo, y señores juezes esten en consideracion de la poca justificacion que tiene doña Francisca en este pleyto, se advierte, que el Maesse de campo vendió a don Iuã la tercia parte de tierras, y la mitad de los negros, y don Iuan quedò obligado a pagarlo luego, q̄ se liquidasse el verdadero valor. De manera que quedando don Iuan obligado a esta paga, y a que pagaria la mitad de los gastos, que se auian de hazer en la compañía, puso en ella otra tanta cantidad, como el dicho Maesse de campo: agora considerese, que don Iuã, sin darle dinero ninguno el Maesse de campo, ni su muger, gasto tres años todo quanto fue necesario en plantar la viña, dexandola en el estado que se verifica por los autos, que fueron mas de los catorze mil pesos, que esta referido, sin auerle socorrido a don Iuan, mas de tan solamente con seyscientos pesos, pues al tiempo del reconocimiento de obra tã heroyca, como la q̄ en su fauor auia hecho don Iuan, le corresponden, diziendo: No me pagaste el valor de los negros y tierras, has caido en comisso, perdiendolo todo, sin querer pagar la mitad de gastos, q̄ precisamente estauan obligados a pagar cada año, sino quererse tomar la hacienda iustè vel iniustè: cosa indigna de personas que se tienen en tal reputacion. Y siendo, como esto es cierto, y q̄ don Iuan no se obligo sino a cosa liquida, como se puede proceder en esta causa sin preceder las cuentas, pues el punto es,

dezir

dezir doña Francisca, que don Iuã no ha pagado: y don Iuan dize que ha pagado, y se le deuen muchos dineros.

Tampoco obsta dezir, que los 11600. pesos que don Iuan dio al Maesse de campo, no fueron por esta cuenta. Respondetur enim, que en esta parte los Letrados contrarios han recebido manifesta equiuocacion, y se apartan del hecho verdadero que resulta de la clausula del testamento del dicho Maesse de campo, en la qual confieffa que los dichos mil y seiscientos pesos se los dio don Iuan para ayuda a pagar las dichas tierras y esclauos, y por cuenta del precio dello, como parece por las palabras dela clausula, de quibus infra num. 61.

Num. 59.  
Aduiértese vn error en el hecho con q̄ van los Abogados contrarios en vna partida de 1600. pesos.

## Sexta Excepcion.

*Que mientras no se ajustò la cuenta, no le corrio termino a don Iuan para pagar lo que le tocava.*

**P**RESVPUESTO Que don Iuan no se obligò a cantidad liquida en la dicha escritura, vt diximus supra numer. 54. cum sequentib. mientras no se hazia cuenta y liquidacion, no tenia obligacion a pagar, l. statu liber. ff. de statu liberis, vbi notatur, la qual se persuade y haze tambien mas infalible con las condiciones siguientes.

Num. 60.  
Mientras no se hizieron cuetas, dō Iuan no estubo en mora, quod pluribus rationibus ostenditur.

La primera es, que auiendo sido el puesto que en esta compania puso el Maesse de campo lo que desembolso para la compra de las tierras y esclauos, y auiendo tambien don Iuan de su parte hecho otros desembolsos, ansi de lo que remitió al Maesse campo por libranças, como de lo que gastò en la planta, no podia el Maesse de campo obligarle a que le pagara cosa alguna del dicho capital, sin que precediera ajustamiento de cuenta, l. 1. §. praterca, ff. de contraria & vtili actione tutelæ, resoluit pluribus congestis Scobar de ratiocinis, cap. 21. num. 12. cum seqq. Y esto que por disposicion de derecho es tan cierto, se haze mas notorio auiendo la dicha escritura, en la qual por esta razón no se especificò la cãtidad que don Iuan auia de pagar, porque fueron con letura, que esto auia de resultar de la cuenta.

L La

La segunda consideracion es, que en la escritura de la dicha compañía, ay pacto expresse, como queda dicho, para q̄ al fin de cada año se ajustasse la cuenta de los gastos que se huuiessen hecho, para que cada vno pagasse lo que le tocasse, de lo qual se infiere, que las partes tuuieron por presupuesto constate, q̄ quando llegasse el plazo de los tres años auia ya de auer precedido cierta liquidacion del estado de la cuenta por donde auia de constar lo que don Iuan deuiesse, y con este presupuesto pusieron la dicha condicion, pero no les passo por el pensamiento, que sin hazer quantas huuiesse don Iuan de pagar cosa alguna al Maeffe de campo, y no obsta dezir q̄ fue culpa de don Iuan no auer cumplido con la condicion de hazer cuentas al fin de cada año. Respondetur enim. Lo primero, que esta omision fue comun de ambas partes. Secundo, que a qualquiera que es deudor de cosa iliquida, se le puede imputar esta misma culpa, pues pudiera auer hecho diligēcia para hazer liquidacion, & nihilominus miētras no ay cosa liquida, no se dize que esta en mora. Tertio, porque quādo huuiera sido culpa, o omision no hazer las cuētas cada año, en esto no se puso pena de comisso, y ansi nihil obest.

Num. 6r.

Ponderase para lo dicho vna clausula del testamento del Maeffe de campo, y satisfazef se a lo que contra ella se replica.

La tercera consideracion se colige de la clausula del testamento del dicho Maeffe de campo, en la qual puso por calidad para la dicha paga, que huuiesse de preceder la cuenta, vt patet ibi: *Item declaro, que para lo contenido en la dicha clausula antes desta, el dicho don Iuan Hurtado de Mendoza me embio vna libraça para Gabriel Romero de 11600 paracons, he recibido para pagar dellos la mitad del cōtado q̄ pague por las dichas tierras: y afsimifmo para pagar la mitad del contado que di por seis negros que compre para la dicha hacienda que se ha de hazer, y por lo que resta de lo vno y de lo otro, estoy obligado por todo, y quando se huuiere de hazer cuenta, serà satisfecho el que huuiere puesto mas.*

De esta clausula resulta, que la mente y intencion de los cōtrayētes fue, que huuiessen de preceder cuentas, y quando la escritura no recibiera esta inteligencia, se auia de estar a la dicha clausula, porque el suspender la paga hasta que se hizief se la cuenta, continet speciem legati liberationis, l. non solū, versic. potest hæres, ff. de liberat. legat.

Nec obstat, si se replicare que este testamento se hizo antes de otorgarse las escrituras de compañía. Respondetur enim

enim, que quando la disposicion del testamento se refiere a algun futuro euentu, no se atiende el tiempo del testamento, si no el tiempo de la muerte, Mática post alios quos refert lib. 3. de coniectur. vltim. voluntat. titul. 11. Secundo responde- tur, que despues de otorgadas ambas escrituras de compa- ñia hizo el Maesse de campo vn codicilo en 8. de Nouiem- bre de seyscientos y seys, en el qual hizo mencion del di- cho testamento, y le reformò en algunas cosas particula- res, y en lo demas mandò se estuuiesse a el, y no auriendole reformado en lo tocante a la dicha clausula, es lo mismo que si en el dicho codicilo la huiera buuelto a poner a la le- tra, iuxta textum optimum in l. Tribunus, circa finem, ff. de militari testamento, vbi notatur.

### Septima excepcion.

*Que quando huiera estado don Iuan en mora, la podia, y pudo purgar.*

**Q**uando los fundamentos referidos no bastaran pa- ra en virtud dellos escusar a don Iuan de mora, co- mo en realidad de verdad, basta qualquiera de- llos, por lo menos no se puede negar que la hazen mas escu- sable, y que facilitan, vt admittatur moræ emendatio, espe- cialmente concurriendo la equidad canonica que se guar- da en todos los Tribunales destos Reynos, segun la qual, admittitur moræ emēdatio ad excusandam pœnam, vt pro- bant DD. in cap. suam de pœnis Gutier. de iuramen. con- firmator. part. 1. cap. 36. nu. 10. vbi de praxi testatur, Añit. decis. 135. num. 3. & 4. late Sanchez de matrimonio lib. 1. disputat. 37. lo qual procede aunque ya este pleyto pendien- te super executione pœnæ, vt eleganter obseruat in termi- nis, Seraphin. decis. 577. part. 1. lo qual es mas justo mien- tras mayor es la pena, y la del dicho pacto en que se fundan las partes contrarias es intolerable, pues no se trata de me- ra resolucion de contrato en que don Iuan aya de boluer so- lo lo que recibio, sino de priuarle de vna heredad de tanta

Num. 62.  
Quando don Iuan hu-  
iera estado en mora  
la pudo purgar.

con-

consideracion, cuyo valor se deue a sola su diligencia, siendo lo que se le dio al principio vna tierra inculta, y de tan poco valor.

Num. 53.

Excluyesse vna replica contraria fundada en dezir que la condicion fue suspensiva del efecto del contrato, y no resolutive, y muetrafe que esta oposicion no tiene sustancia, antes se retuerze contra doña Francisca, y sus hijos.

Replican contra lo dicho los abogados contrarios, que no estamos en terminos de condicion resolutive, sino de vna condicion suspensiva del efecto del contrato, el qual dicen se hizo debaxo de condicion, que don Iuan huieffe de pagar la tercia parte del precio, y que las palabras de ablatiuo absoluto, con que esta concebido el pacto ibi: *Pagandome el susodicho, &c.* importan condicion, secundum iura vulgaria.

Sed respondetur, lo primero, que la participacion en la dicha heredad estaua ya dada a don Iuan por la escritura de 26. de Mayo de 605. de qua supra num. 2. y los bienes estauan ya entregados, como se refiere en la segunda escritura de dos de Mayo de 606. y ansi el dominio se auia transferido en Don Iuan, §. *venditæ institut. de rerum diuisione.*

Secundo respondetur, que quando no huiera auido mas contrato que el de 2. de Mayo, era indubitable que se transfirio el dominio, porque aunque las palabras que en contrario se ponderan pudieffen induzir condicion suspensiva, despues dando el Maesse de campo a don Iuan plazo de tres años para que pagasse, dubio procul se le transfirio el dominio, dict. §. *venditæ de rer. diuisione, ibi: Sed sibi qui rē didit fidem emptoris secutus fuerit dicendum est statim rem emptoris fieri.*

Tertio respondetur, que la conuencion del precio, no se puede llamar condicion suspensiva en el contrato de la compra y venta, porque antes es calidad necessaria para la perfeccion del tal contrato, el qual non potest dari, nisi de prætio conueniat inter partes princip. instit. de emptio. & vendit.

Quarto respondetur, que en las palabras que en contrario se ponderan, no se puso termino limitado, y donde le ay, que es en la clausula del pacto del comisso, las palabras de que uso son obliquas, vt animaduertimus, supra nu. 52. vers. Lo segundo, y ansi presuponen por necessario antecedente, que la adquisicion estaua hecha a don Iuan.

Quinto

Quinto se excluye esta replica con lo que esta fundado supra num. 55. vbi ostendimus, que don Iuan al tiempo que se cumplieron los tres años tenia pagado mas de lo que le tocava, y para el precio de la tercia parte de las tierras, que es el en que se pusieron solamente las palabras de ablatiuo absoluto, que en contrario se ponderan, bastaua la partida de 117600. pesos que el Maesse de campo confieffa en su testamento auer recibido de don Iuan.

Sexto se responde, que la dicha palabra, Pagandome la tercia parte del precio que me costaron, no induce condicion alguna, sino solo fue demostracion de la cantidad en que se las vendia, sin querer crecer ni menguar el precio que le auian costado, ni darselas de gracia, como lo insinuauan las palabras antecedentes.

Septimo se añade, que si las palabras, *Pagandome, &c.* por ser de ablatiuo absoluto importan condicion suspensiuua, resulta dello otro fundamento en fauor de don Iuan, totalmente exclusiuo del comisso, porque en la clausula en que se funda la pretension del comisso, se pusieron estas palabras: *Pagandome a mi el dicho don Iuan Hurtado toda la cantidad de pesos que huviere gastado en la dicha hacienda y beneficio della,* las quales si importan condicion, siguefe que conforme a principios claros de derecho, mientras no se ha purificado, no ha llegado el caso de poder pedir, l. cedere diem, ff. de verbor. obligat. y estando las cosas re integra y suspendido el efecto del pacto comissorio, don Iuan està oy en dia en tiempo para cumplir con lo q̄ le toca, quando deuiesse algo, y no ha menester valerfe de la prerrogatiua de la equidad que induce la purgacion de la mora, pero quando fuesse necesario valerse deste remedio, concurren tantas causas que le justifican que sacan el caso de duda, & ita esperamos que se ha de confirmar la sentencia de reuista de que viene suplicado, sin hazer replica a todo lo contenido a las tres informaciones presentadas por tres Abogados de la dicha doña Francisca, porque lo que en ellas se dize, no es cierto en el hecho, ni lo podran prouar por los autos del pleyto, Salua, &c.

